

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

BRUNO HAUER DOETZER

A APLICAÇÃO DA PENA BASE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

CURITIBA
2012

BRUNO HAUER DOETZER

A APLICAÇÃO DA PENA BASE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Monografia de conclusão de curso apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, no curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato

CURITIBA
2012

BRUNO HAUER DOETZER

A APLICAÇÃO DA PENA BASE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. Paulo César Busato

Prof. Me. Rui Carlo Dissenha

Prof^a. Me. Marion Bach

Prof. Me. Fábio Bozza

Curitiba, 14 de dezembro de 2012.

RESUMO

O art. 59, do Código Penal brasileiro, dispõe sobre a primeira das três fases da determinação da medida da pena: a aplicação da pena base. Referido dispositivo, devido ao amplo espaço de liberdade que confere ao julgador, é o principal veículo pelo qual o juiz pode adequar a pena a ser imposta à pessoa do condenado; vale dizer, é através dele, essencialmente, que o magistrado pode *individualizar* a pena. Contudo, a maneira como a jurisprudência vem aplicando o dispositivo é incompleta e distorce o princípio da individualização. Isto porque, contrariamente ao que fazem os tribunais, é fundamental, neste processo, que o aplicador do Direito esteja atento aos efeitos que a reprimenda irá causar, e não apenas à sociedade de uma forma geral, mas também ao apenado. Estes efeitos, de acordo com a literalidade do art. 59, *caput*, do Código Penal brasileiro, consistem precisamente na reprovação e prevenção do delito. Em outras palavras, o juiz, ao fixar a pena base, deve apresentar, fundamentadamente, suas considerações acerca dos efeitos repressivos e preventivos que pretende gerar com a aplicação da pena e, com base nesta exposição, determinar o *quantum* concreto da sanção a ser imposta.

Palavras-chave: individualização; pena base; culpabilidade; reprovação; prevenção; teorias da pena; art. 59, do Código Penal; fundamentação; discricionariedade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 INDIVIDUALIZAÇÃO E PENA BASE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	7
2.1 IMPUTAÇÃO E CARGA PENAL: A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	7
2.1.1 AS EXIGÊNCIAS DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE	17
2.1.2 A CARGA PENAL DO FATO E SEU AUTOR	30
2.2 INDIVIDUALIZAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL	35
2.2.1 O MECANISMO DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	36
2.2.2 O PAPEL DO JUIZ NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: O ESPAÇO DE DISCRICIONARIEDADE	39
3 A EXEGESE DO ART. 59, <i>CAPUT</i>, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO	43
3.1 A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO ART. 59, <i>CAPUT</i> , DO CÓDIGO PENAL	43
3.2 A INTERPRETAÇÃO DO ART. 59, <i>CAPUT</i> , DO CÓDIGO PENAL, À LUZ DOS FUNDAMENTOS DO SISTEMA PENAL	47
3.2.1 OS FUNDAMENTOS DA PENA EM GERAL: AS TEORIAS ABSOLUTA, RELATIVA E MISTA	47
3.2.2 CULPABILIDADE, PREVENÇÃO E A FUNDAMENTAÇÃO DA MEDIDA DA PENA.....	52
4 CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

1 INTRODUÇÃO

Tão relevante quanto a aferição da responsabilidade penal do agente é também a resposta oferecida pelo sistema jurídico àqueles cuja culpabilidade já foi afirmada.¹ A aplicação da pena, assim, ao seguir a imputação do fato delituoso, completa a atuação jurisdicional do Estado, contribuindo para a concretização dos objetivos a que se propõe o Direito penal.

E, no momento da individualização da pena, o art. 59, do Código Penal, é um dos poucos espaços, talvez o mais importante deles, onde o juiz pode fazer atuar sua discricionariedade e aplicar suas impressões pessoais ao processo, garantindo uma maior adequação da resposta penal a cada caso concreto. Este espaço de discricionariedade, no entanto, deve ser muito bem delimitado, de modo que não seja muito amplo, sob pena de se permitir arbítrios na fixação da pena, nem tampouco muito restrito, porquanto isso atentaria contra o princípio constitucional da individualização da pena.

Assim, é crucial, para evitar desvios indesejados no momento da fixação da pena – e, por conseguinte, no próprio sistema jurídico-penal –, saber qual o papel que cumpre, ou deve cumprir o art. 59, *caput*, do Código Penal, e, a partir daí, desvendar como o juiz deve aplicá-lo.

Este é, portanto, o escopo do presente estudo: verificar como o juiz deve aplicar o art. 59, *caput*, do Código Penal, para determinar o *quantum* de pena a ser imposto no caso concreto.

Nesta medida, o trabalho que segue é dividido em dois capítulos principais. No primeiro deles será apresentada uma síntese acerca da evolução histórica da ideia de individualização da pena, buscando demonstrar como ela se divide, nos dias atuais, em individualização legislativa, judicial e executiva. A partir daí, o estudo será centrado na fase judicial da individualização, momento em que se encaixa o art. 59, do Código Penal brasileiro.

Após essa breve incursão histórica, buscar-se-á identificar as relações existentes entre a ideia de individualização da pena e o princípio de culpabilidade, verificando-se a legitimidade (ou ilegitimidade) de se fazer considerações de ordem

¹ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

subjetiva no momento da dosimetria da pena, tendo em vista a posição, defendida por alguns autores, de que isto consistiria em Direito penal de autor.

Em seguida, a preocupação será a análise da individualização da pena tal como posta pelo Código penal brasileiro, para se verificar os limites e possibilidades impostos ao juiz neste processo, especialmente no que diz respeito à fixação da pena base.

O segundo capítulo, a partir das ideias apresentadas anteriormente, pretende dar conta diretamente do problema que se propôs a enfrentar – a correta exegese do art. 59, *caput*, do Código Penal brasileiro e, para tanto, será dividido em duas partes. A primeira apresentará a resposta oferecida pela jurisprudência acerca da interpretação do referido dispositivo; a segunda, por sua vez, partindo da análise dos fundamentos do sistema penal, buscará demonstrar como essa posição jurisprudencial é equivocada ou, melhor dizendo, incompleta, e em seguida pretende apresentar como deve ser aplicado o art. 59, *caput*, do Código Penal brasileiro, de forma a obedecer àqueles fundamentos.

2 INDIVIDUALIZAÇÃO E PENA BASE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Inicialmente, para que possamos desvendar a melhor maneira de se aplicar o art. 59, *caput*, do Código Penal brasileiro, devemos tecer algumas considerações acerca da função que cumpre este dispositivo no momento da individualização da pena.

Para tanto, o presente capítulo será dividido em dois subcapítulos, nos quais trataremos do princípio constitucional da individualização da pena e, em seguida, da adequação de sentido² deste princípio com a ideia de discricionariedade judicial.

2.1 IMPUTAÇÃO E CARGA PENAL: A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da individualização da pena, conquanto esteja previsto na Constituição Federal de 1988³ e seja internacionalmente reconhecido e festejado, faz parte da história recente do Direito Penal – ao menos da forma como hoje é compreendido.⁴

Com efeito, nos primórdios das civilizações, conforme leciona Cezar Roberto BITENCOURT⁵, vigia a chamada “vingança divina”, período no qual o infrator era punido para aplacar a ira dos Deuses, aborrecidos pela prática do delito. Neste período, segundo o autor, “o castigo aplicável consistia no sacrifício da própria vida

² WEBER, Max. *Conceitos Básicos de Sociologia*. Trad. Rubens Eduardo Ferreira Frias e Gerard Georges Delaunay. São Paulo: Editora Moraes, 1987. p. 9-21.

³ Art. 5º, XLVI: “A lei regulará a individualização da pena [...]”.

⁴ A partir de agora será apresentado um breve histórico em matéria de sanções no Direito penal, para que se possa averiguar quando surgiu a ideia de individualização. Optou-se por uma evolução cronológica, o que não significa que ignoramos o fato de que, conforme lembra Gilberto FERREIRA (FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. pp. 7 e 11.), em um mesmo período temporal diversos povos encontravam-se em estágios diferentes de evolução, de modo que os diversos sistemas apresentados chegaram a coexistir. No mesmo sentido, TASSE, Adel El. *Teoria da Pena – pena privativa de liberdade e medidas complementares: um estudo crítico à luz do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 22.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59. Também, TASSE, Adel El. *Teoria da Pena – pena privativa de liberdade e medidas complementares: um estudo crítico à luz do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 21-24.

do infrator”⁶, o que demonstra como as sanções eram aplicadas sem qualquer critério, sendo, muitas vezes (para não dizer sempre) desproporcionais ao fato cometido.

Passado esse período⁷, adentramos na fase da “vingança privada”, quando as sanções mantiveram o caráter desproporcional e cruel que já possuíam antes. Elas eram divididas, segundo BITENCOURT⁸, conforme o autor do delito fosse ou não pertencente à sociedade ofendida. Caso fizesse parte do grupo, a sanção seria o banimento, o que acarretava sempre na morte do infrator, que ficava exposto aos grupos rivais. Por outro lado, caso o autor fizesse parte de outro agrupamento social, “[...] a punição era a ‘vingança de sangue’, verdadeira guerra grupal”⁹, o que chegava a acarretar na total eliminação de um dos grupos.

A ideia de proporcionalidade entre falta e sanção surgiu apenas posteriormente, com a chamada “Lei de Talião” (o famoso “olho por olho, dente por dente”¹⁰), onde a pena era aplicada na exata medida do delito. Com o passar do tempo, no entanto, foi-se percebendo que esse sistema apresentava muitos defeitos, uma vez que, por causar a perda de membros e sentidos, levava à deformação da sociedade.¹¹

Foi então que surgiu a regra da “composição”, pela qual o ofensor pagava certa quantia ao ofendido como uma espécie de indenização pelo mal cometido.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59.

⁷ Eugênio Cuello CALÓN, em seu *Derecho Penal: tomo I – parte general* (6ª ed. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1943), especificamente no capítulo IV, sugere, ao contrário, que o período da vingança privada precedeu ao da vingança divina. Defende o autor que nas sociedades primitivas a coletividade não seria forte o suficiente para impor sanções ou obrigar o cidadão a expiar sua culpa, de modo que a única forma de se responder aos delitos seria a vingança privada. Por outro lado, quando a coletividade ganha força e começa a se organizar no que poderia ser considerado como o início do Estado, ela já é capaz de impor sanções e castigos legitimamente, sendo que apenas aí teria surgido a vingança divina.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 60.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 60.

¹⁰ Segundo Antonio Orlando de Almeida PRADO, a Lei do Talião consiste naquilo que dispõem os versículos 23-25 do capítulo 21 do livro Êxodo, da Bíblia Sagrada, *in verbis*: “Versículo 23: mas se resultar dano, então darás vida por vida; Versículo 24: olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé; Versículo 25: queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe.” PRADO, Antonio Orlando de Almeida (org.). *Código de Hamurabi, Lei das XII Tábuas, Manual dos Inquisidores, Lei do Talião*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 60.

Conforme ensina Michel FOUCAULT¹², a composição consistia num pacto que era capaz de por fim à cadeia vingativa; com o pagamento do preço, o ofensor “*resgata o direito de ter a paz, de escapar à possível vingança de seu adversário.*”¹³ O sistema da composição foi largamente aceito na época e perdurou por muito tempo, tendo sido adotada inclusive pelos romanos.¹⁴

É interessante notar que a composição, conforme anota Raymond SALEILLES¹⁵, levava a um

Direito Penal totalmente objetivo, já que o que substitui a pena, o *wergeld* [valor atribuído a um determinado indivíduo], é uma soma fixa independente de toda a consideração individual. Se há, no início, como que um primeiro ensaio de individualização, esta se realiza a partir do ponto de vista da vítima e não do delinqüente. Só se leva em conta a pessoa do ofendido. O preço varia conforme o posto que ocupa, sua categoria, ou mais tarde, a função que desempenha.¹⁶

Sobre essa objetividade, explica o autor, pouco mais à frente, que ela

[...] tem sentido distinto do que entendemos hoje. Não falta somente individualização, mas a própria culpabilidade, do ponto de vista moral. [...] Se foi causado um mal individual ou social, é necessária uma reparação, uma sanção, seja ou não o agente culpado moralmente. Há um mal material, é necessário uma vítima.¹⁷

Ainda segundo SALEILLES, a noção de responsabilidade, aplicada ao Direito penal, surgiu apenas com o cristianismo¹⁸ e sua concepção sobre liberdade e livre-arbítrio¹⁹, bases da ideia de pecado. Não se vê mais, como antes se via,

¹² FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU editora, 2005.

¹³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU editora, 2005. p. 57.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 61-65.

¹⁵ SALEILLES, Raymond. *A Individualização da Pena*. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006.

¹⁶ SALEILLES, Raymond. *A Individualização da Pena*. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006. p. 42.

¹⁷ SALEILLES, Raymond. *A Individualização da Pena*. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006. p. 48.

¹⁸ Neste sentido, vide BRANDÃO, Cláudio. “Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro”. In.: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Ano 15, nº 02. Abril/junho de 2005.

¹⁹ SALEILLES lembra, no entanto, que a noção de livre arbítrio e responsabilidade moral já era conhecida na Grécia e Roma antigas (conforme, inclusive, anota Cezar BITENCOURT, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 61-64); no entanto, coloca que foi apenas com o cristianismo que estas ideias ganharam o mundo, impregnando “[...] as almas, espiritualizando, de certo modo, a ideia de delito”. SALEILLES,

apenas o fato objetivo, o mal causado; agora vê-se mais além, preocupa-se com o que há de abstrato no indivíduo: a alma. A alma pecadora deve ser purificada por meio das penitências.²⁰

O sujeito passa a ter relevância como um ser livre, dotado de vontade e, portanto, de responsabilidade. Isso não significa, contudo, que o delito cometido, o fato objetivo, fosse ignorado. Muito pelo contrário: ele continua sendo o modulador da pena, conquanto tenha deixado de ser o único fundamento da punição. Pune-se, agora, não apenas pela necessidade de se reparar o mal causado, mas também porque o sujeito causador, enquanto responsável por seus atos, deve assumir suas consequências.²¹

Neste momento, podemos dizer, junto com SALEILLES²², encontra-se um primeiro embrião do que hoje é o princípio da individualização pena. Conforme dito no parágrafo anterior, contudo, as circunstâncias do agente, sua personalidade, os motivos que o levaram à realização do delito, pouco importam para a dosagem da pena. Esta é feita apenas levando-se em consideração as circunstâncias concretas e objetivas do fato. E isto é fruto do discurso, vigente à época, de que todos nascem dotados de livre-arbítrio e, portanto, seriam igualmente responsáveis. A realização do fato era fruto, tão somente, da opção do sujeito dotado de livre-arbítrio, de modo que esta realização pertencia integralmente ao sujeito. Não havia, conforme lembra o autor francês, qualquer ideia de graus de responsabilidade. Ou se era responsável, ou não. O que levava a diferentes sanções era, portanto, tão somente, as características objetivas próprias do fato imputado.

Interessante é perceber que esse sistema de individualização garantia uma enorme margem de liberdade para o juiz. Não havia penas específicas para cada delito; havia, isto sim, diversas espécies de pena, consagradas pelos costumes, dentre as quais o juiz, frente ao caso concreto, poderia escolher a que melhor se adequasse a determinado crime e suas particularidades.²³

Raymond. *A Individualização da Pena*. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006. p. 51.

²⁰ SALEILLES, Raymond. *A Individualização da Pena*. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006.

²¹ SALEILLES, Raymond. *A Individualização da Pena*. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006. p. 72-78.

²² SALEILLES, Raymond. *A Individualização da Pena*. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006.

²³ SALEILLES, Raymond. *A Individualização da Pena*. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006.

Nada obstante, isso permitia muita arbitrariedade dentro da função jurisdicional, de modo que já no século XVIII, com o movimento iluminista, efetuou-se uma profunda reforma no Direito penal, que acabou com toda e qualquer liberdade dos juízes na aplicação das penas.²⁴

Isso ocorreu com a chamada Escola Clássica do Direito penal, segundo a qual o direito do Estado de punir os indivíduos derivava precisamente da ideia de contrato social, introduzida por ROUSSEAU²⁵. E justamente por isso, por derivar de um contrato, é que esse direito somente poderia ser exercido nos estreitos limites postos pelo contrato. Um desses limites – e talvez o mais importante deles –, lembra-nos SALEILLES²⁶, era justamente a igualdade na pena. E isto porque se presumia, a partir do contrato, que cada um dos sujeitos livres abriria mão de sua liberdade na exata medida que os demais; não poderia um ceder mais que o outro.²⁷ Sendo assim, nada mais justo do que penas iguais para o mesmo crime, de modo que isso passou a ser previsto expressamente em lei.

É o caso do Código Penal francês de 1791, que previa penas específicas para os delitos, sem reservar qualquer margem de liberdade ao julgador.²⁸ Não era possível levar em consideração as circunstâncias do fato, quanto menos do sujeito, no momento de se aplicar a sanção. Voltou-se, como lembra SALEILLES²⁹, ao sistema da lei sálica, mas com uma importante diferença: manteve-se a ideia de responsabilidade, que já não poderia mais ser abandonada, haja vista o avanço que representou para o Direito penal. Porém, também não se pode olvidar que essa responsabilidade ainda não podia ser mensurada, posto que, segundo a filosofia da época, defensora da igualdade formal entre os cidadãos, todos seriam igualmente livres e, portanto, igualmente responsáveis.³⁰

²⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus Critérios de Aplicação*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 143-144.

²⁵ ROUSSEAU, Jean Jaques. *Do Contrato Social: princípios de direito político*. Trad. Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

²⁶ SALEILLES, Raymond. *A Individualização da Pena*. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006.

²⁷ ROUSSEAU, Jean Jaques. *Do Contrato Social: princípios de direito político*. Trad. Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 29-31.

²⁸ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus Critérios de Aplicação*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 143-144.

²⁹ SALEILLES, Raymond. *A Individualização da Pena*. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006.

³⁰ Eugenio Cuello CALÓN, lembra que este sistema foi um fracasso, tendo sido ineficaz contra os delitos e gerado um alto índice de reincidência, precisamente por sua “[...] defeituosa maneira de enfocar o problema repressivo, prescindindo do delinquente tal como é, concebendo-o como um tipo abstrato construído pela razão [...]”. E continua o autor: “Por outro lado, o direito penal da época

Ainda assim, conforme anota Eduardo CORREIA³¹, é a este código francês de 1791 que se deve o fim dos abusos e violações a direitos individuais fundamentais que constantemente eram cometidos no sistema anterior, legitimados pelo sistema de penas arbitrárias. Não há mais espaço para as impressões e preconceitos pessoais do julgador interferirem na media concreta de pena a ser estabelecida; a ele cumpre, simplesmente, aplicar o que está disposto em lei.

Logo em seguida, precisamente em 1810, o Código Penal francês sofreu uma considerável reforma, no sentido de estabelecer limites máximos e mínimos para as penas (exceção feita às perpétuas), garantindo uma maior liberdade ao julgador no momento da concretização da reprimenda.³² Isso ainda não significou, no entanto, a possibilidade de se ajustar a sanção ao caso concreto; conforme ensina SALEILLES³³, não era possível o reconhecimento de agravantes ou atenuantes, por exemplo, nem tampouco a substituição de penas.

Finalmente, foi em 1824, conforme anota Paganella BOSCHI³⁴, que o princípio da individualização da pena, tal qual hoje o conhecemos, surgiu, ainda que de forma incipiente. Nesse período, algumas decisões passaram a considerar as circunstâncias do caso concreto e também as peculiaridades do agente na fixação da sanção penal, dando origem ao princípio individualizador.

*pecou por excesso de generalização, tomando como ponto de partida o tipo fictício e convencional do homem racional, criando sanções no mesmo molde para todos os delinquentes suscetíveis de serem corrigidos pela mesma pena, de modo que a prisão e, particularmente, a prisão celular, se converteu no eixo do sistema repressivo, na única forma de penalidade com a qual não se podia levar em consideração a infinita variedade da natureza humana e das múltiplas categorias de delinquentes que existem". Tradução livre de: "[...] defectuosa manera de enfocar el problema represivo prescindiendo del delincuente, tal y como es, concebiéndolo como un tipo abstracto imaginado por la razón [...]. Por otra parte el derecho penal de esta época há pecado por exceso de generalización y tomando como punto de partida el tipo ficticio y convencional del hombre razonable, há creído fundidos en el mismo molde a todos los delincuentes y susceptibles de ser enmendados por la misma pena, de esto modo la prisión y, particularmente, la prisión celular, se ha convertido en el eje del sistema represivo, en la única penalidade, con lo cual no se há podido tener en cuenta la infinita variedad de la naturaleza humana y de las múltiples categorías de delincuentes que en la vida se encuentran." (CALÓN, Eugenio Cuello. *Derecho Penal: tomo I – parte general*. 6ª ed. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1943. p. 60).*

³¹ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal – Tomo II*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 315-317.

³² BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus Critérios de Aplicação*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 144-145.

³³ SALEILLES, Raymond. *A Individualização da Pena*. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006.

³⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Interessante é perceber, lembra-nos SALEILLES³⁵, que essa individualização, ao menos do ponto de vista material (e não propriamente técnico ou dogmático³⁶) começou na instituição do Júri, e não perante a “justiça comum”. Segundo o autor, era dito aos jurados que todo homem era igualmente responsável por seus atos e que, portanto, as penas deveriam ser iguais. Contudo, nas palavras de SALEILLES,

[...] o júri tinha diante de si um homem que se defendia, desnudando todas as circunstâncias de sua vida, todos os arrebatamentos que havia sofrido, todas as alienações que poderiam tê-lo cegado; e o júri via que, ainda fora da loucura, poderia haver graus de liberdade e, portanto, de responsabilidade. A falta de poder dosar de certo modo a responsabilidade, simplesmente absolvía. Em 1924, de modo parcial, e de modo geral em 1832, pretendeu-se satisfazer às tendências do júri, introduzindo o sistema das circunstâncias atenuantes.³⁷

No Brasil, por outro lado, conforme os ensinamentos de BOSCHI³⁸, o princípio da individualização da pena tardou um pouco mais a se efetivar. Em 1830 foi editado o Código Penal do Império, que

[...] preservava, de certo modo, as amarras do sistema punitivo medieval, pois o juiz deveria individualizar a pena em atenção aos graus rígidos preestabelecidos (mínimo, médio e máximo), conforme determinasse a maior ou a menor incidência de agravantes e atenuantes (art. 15, 16, 17 e 18), sem qualquer margem de opção. Na dúvida, a pena deveria ser fixada no grau médio (art. 20).³⁹

Em 1890, com o surgimento do Código Penal Republicano, conforme sugere Pedro VERGARA⁴⁰, em que pese algumas pequenas modificações, o sistema não foi muito alterado, haja vista que a única adequação da reprimenda ao fato era

³⁵ SALEILLES, Raymond. *A Individualização da Pena*. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006. p. 80-81.

³⁶ O surgimento da individualização, do ponto de vista técnico, está ligado à ideia de culpabilidade. Sobre o assunto, ver *infra*, item 2.1.1.

³⁷ SALEILLES, Raymond. *A Individualização da Pena*. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006. p. 81.

³⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

³⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 146.

⁴⁰ *Apud* BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 14-147.

realizada por simples cálculos matemáticos, estando tudo meticulosamente previsto em lei.⁴¹

Apenas em 1940, com o atual Código Penal, foi que o juiz passou a ter maior liberdade na concretização das sanções. Esta foi uma das preocupações do legislador ao elaborar referido diploma, conforme deixa transparecer a sua exposição de motivos, especificamente o seu item 24, que assim dispunha:

[...] Neste particular, o projeto assume um sentido marcadamente *individualizador*. O juiz, ao fixar a pena, não deve ter em conta somente o fato criminoso, nas suas circunstâncias objetivas e conseqüências, mas também o delinqüente, a sua *personalidade*, seus antecedentes, a intensidade do dolo ou grau da culpa e os motivos determinantes (art. 42). O réu terá de ser apreciado através de todos os fatores, endógenos e exógenos de sua individualidade moral e da maior ou menor intensidade da sua *mens rea* ou da sua maior ou menor desatenção à disciplina social. Ao juiz incumbirá investigar, tanto quanto possível, os elementos que possam contribuir para o exato conhecimento do caráter ou índole do réu – o que importa dizer que serão pesquisados o seu *curriculum vitae*, as suas condições de vida individual, familiar e social, a sua conduta contemporânea ou subseqüente ao crime, a sua maior ou menor *periculosidade* (probabilidade de vir ou tornar o agente a praticar fato previsto como crime).

É possível dizer, então, que foi apenas na década de 40 que o princípio da individualização da pena efetivamente se concretizou em território brasileiro, permitindo que a cada condenado fosse atribuída uma pena específica, adequada às suas peculiaridades e necessidades. Note-se que, neste momento, o juiz já não verifica apenas os elementos objetivos do fato criminoso, mas também aqueles

⁴¹ Nesse sentido, veja-se o que dispunham os artigos 61 e 62 do referido Código: “Art. 61. Nenhum crime será punido com penas superiores ou inferiores às que a lei impõe para a repressão do mesmo, nem por modo diverso do estabelecido nella, salvo o caso em que ao juiz se deixar arbitrio.

Art. 62. Nos casos em que este código não põe pena determinada e sómente fixa o maximo e o minimo, considerar-se-ão tres grãos na pena, sendo o grão médio compreendido entre os extremos, com atenção às circunstancias aggravantes e atenuantes, as quaes srão applicadas na conformidade do disposto no art. 38, observadas as regras seguintes:

§1º. No concurso de circunstancias aggravantes e atenuantes que se compensem, ou na ausência de umas e outras, a pena será applicada no grão médio;

§2º. Na predominancia das aggravantes, a pena será applicada entre os grãos médio e maximo e na das atenuantes, entre o médio e o minimo;

§3º. Sendo o crime acompanhado de uma ou mais circunstancias aggravantes, sem alguma atenuante, a pena será applicada no maximo, e no minimo se fôr acompanhado de uma ou mais circunstancias atenuantes, sem nenhuma agravante.”

Cumprе ressaltar, ainda, que as agravantes e atenuantes eram muito numerosas (22 agravantes e 11 atenuantes, conforme artigos 39, 41 e 42), o que apenas contribuía par a restrição da liberdade do julgador na aplicação da pena. (PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil – evolução histórica*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 279).

subjetivos, ligados ao indivíduo, demonstrando especial preocupação com os efeitos da punição na pessoa do condenado.⁴²

Posteriormente, em 1969, um novo Código Penal é elaborado e sancionado pelo regime militar. No que diz respeito à aplicação da pena, algumas alterações foram realizadas, mas nada que implicasse uma modificação substancial no sistema.

⁴³ Este Código, no entanto, nunca chegou a entrar em vigor.

Finalmente, em 1984, o Código Penal de 1940 sofreu uma reformulação em sua parte geral – que afetou, também, os dispositivos referentes à aplicação da pena –, dando origem à sua redação atual.⁴⁴ Para efeitos do presente estudo, é interessante ressaltar a preocupação dos reformadores em ampliar e efetivar a individualização da pena, abrindo maiores possibilidades ao juiz para adequar a sanção à pessoa do condenado, como se pode observar pela redação do item 49 de sua exposição de motivos. *In verbis*:

49. Sob a mesma fundamentação doutrinária do Código vigente, o Projeto busca assegurar a *individualização da pena* sob critérios mais abrangentes e precisos. Transcende-se, assim, o sentido individualizador do Código vigente, restrito à fixação da quantidade da pena, dentro de limites estabelecidos, para oferecer ao *arbitrium iudicis* variada gama de opções, que em determinadas circunstâncias pode envolver o tipo da sanção a ser aplicada.

⁴² Sobre o assunto, vide *infra*, item 2.1.2.

⁴³ A modificação mais significativa no sistema de aplicação de penas verificou-se na redação do art. 52, do Código Penal de 1969 (equivalente ao art. 42, do Código Penal de 1940), que assim dispunha: “Art. 52. Para fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime.” Deliberadamente, se omitiu, por prescindíveis, os parágrafos do referido artigo, os quais cuidavam da necessidade do juiz declarar, na sentença, o grau de periculosidade do réu. Note-se que, a par de uma ampliação dos critérios a serem analisados pelo juiz nesta fase, o Código de 1969 não previa a capacidade do juiz de determinar a espécie de sanção a ser aplicada, ao contrário do seu antecessor (que o fazia no seu art. 42, inciso I).

⁴⁴ No que diz respeito à aplicação da pena, veja-se especialmente os seguintes artigos: “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I. As penas aplicáveis dentre as cominadas;

II. A quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III. O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV. A substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outro espécie de pena, se cabível.

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”

Neste ponto, importante ressaltar como o processo de fixação das penas, com o passar do tempo, deixou de ser tarefa exclusiva do legislador, com o juiz atuando apenas mecanicamente, e tornou-se uma tarefa compartilhada não apenas entre os poderes legislativo e judiciário, mas que inclui também o poder executivo, como ensina Jorge de Figueiredo DIAS ⁴⁵.

Com efeito, conforme ressalta Guilherme de Souza NUCCI⁴⁶, é possível identificar, atualmente, três momentos distintos em que ocorre o processo de individualização da pena: o legislativo, o judicial e o executivo. O legislativo é aquele em que o legislador, levando em consideração os diversos valores e padrões sociais de sua época, estipula quais as condutas que serão consideradas criminosas e comina a cada uma delas uma sanção determinada (variável entre um mínimo e um máximo), diferente das demais, de acordo com a gravidade abstrata do fato. A individualização judicial, por sua vez, é aquela realizada pelo magistrado frente ao caso concreto; é dizer, consiste na escolha, por parte do juiz sentenciante, da modalidade de pena a ser aplicada (pena de multa, restritiva de direitos ou privativa de liberdade ⁴⁷), bem assim sua quantidade, de modo a torná-la mais eficiente para a consecução dos seus objetivos⁴⁸. Por fim, a etapa executiva da individualização tem por fim adequar o cumprimento da pena à pessoa do condenado, analisando o seu comportamento e suas reações ao sistema penitenciário e concedendo, ou não, com base nessa análise, benefícios como a progressão de regime, sempre almejando a melhor maneira de se prevenir e reprovar o delito. ⁴⁹

O presente estudo, longe de negar a indiscutível relevância das etapas legislativa e executiva da individualização, preocupa-se apenas com o momento jurisdicional, porquanto pretende estudar a correta aplicação do art. 59, *caput*, do Código Penal, que, com se verá mais adiante, representa a pedra de toque da individualização judiciária.

Antes, porém, de adentrarmos especificamente na análise da individualização judicial, cabe ainda tecer considerações sobre o princípio da

⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: parte geral II – as consequências jurídicas do crime*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 192-194.

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 4ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: RT, 2011. Neste sentido, também, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. “Aplicação da Pena”. In.: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 8, nº 32. Outubro-dezembro de 2000, p. 187.

⁴⁷ Art. 32, do Código Penal brasileiro: “As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa.”

⁴⁸ Sobre os objetivos das penas, vide *infra*, item 3.2.1.

⁴⁹ Mais uma vez, veja-se o item 3.2.1, *infra*.

culpabilidade, haja vista que é a partir dele que surge, dogmaticamente, a ideia de individualização da pena⁵⁰. Com efeito, conforme vimos anteriormente, foi apenas com o surgimento da ideia de responsabilidade e, conseqüentemente, de culpabilidade⁵¹, que teve início o desenvolvimento da individualização da pena. A partir de agora, portanto, faremos uma análise mais detida do princípio de culpabilidade e sua relação com a individualização da pena.

2.1.1 AS EXIGÊNCIAS DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Segundo ensina o professor Claus ROXIN⁵², o princípio da culpabilidade constitui característica fundamental do Direito penal contemporâneo. Em que pese tenha sido posto em dúvida durante algum período, notadamente aquele marcado pela predominância da Escola Positiva Italiana, onde o Direito penal da culpabilidade foi substituído pelo Direito penal da periculosidade⁵³, é hoje uma unanimidade entre os penalistas⁵⁴. Conforme anota Nivaldo BRUNONI:

⁵⁰ Nas palavras de Luiz LUISI, “É inquestionável que a individualização da pena, no seu aspecto judicial, ou seja, na aplicação da pena a um réu, tem como base fundamental a culpabilidade. É esta que vai viabilizar a condenação, a escolha da pena quando há alternativa, e sua quantificação.” LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 37.

⁵¹ Sobre a relação entre culpabilidade e responsabilidade, vide SALEILLES, Raymond. *A Individualização da Pena*. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006.

⁵² ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 41-56. Seguindo este mesmo raciocínio, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral – tomo I – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 274-277.

⁵³ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 36-37. Não apenas o período dominado pela escola positiva italiana suspendeu a responsabilidade pela culpa. Conforme lembra Ricardo C. NUÑEZ, ela também não existiu durante a vigência da responsabilidade pelo resultado, do *versari in re ilícita* e dos delitos qualificados pelo resultado, ideias estas que, segundo o autor, ainda não foram completamente superadas. (NUÑEZ, Ricardo C. “Bosquejo de la culpabilidad”. In.: ABOSO, Gustavo Eduardo (Coord.). *Maestros del Derecho Penal*. v. 7. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2007. p. 61-66).

⁵⁴ Não obstante isso, é muito comum ouvir-se falar, atualmente, que o conceito de culpabilidade está imerso em uma crise permanente e insuperável. De fato, há inúmeras posições e teorias que procuram explicar e fundamentar o conceito, sem chegar a um consenso acerca de como ele deve ser interpretado. Contudo, conforme lembra Paulo César BUSATO, “as análises teóricas têm seguido um perfil fragmentário, próprio da modernidade reflexiva, apresentando distintos esquemas argumentativos justificantes da intervenção jurídico-penal que, não obstante reconheçam a imensa dificuldade em estabelecer um conceito seguro de culpabilidade, têm em comum o fato de reconhecer nesta um limite indeclinável da imputação individual.” (BUSATO, Paulo César. “Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal”. In.: *Revista Liberdades*, n. 8. Setembro-dezembro de 2011, p. 45-87).

Reconhece-se amplamente como um dos eixos do direito penal moderno o Princípio de Culpabilidade, cujos efeitos limitam o poder punitivo estatal por meio de uma série de garantias que ele consagra em favor da liberdade e da dignidade das pessoas.⁵⁵

Em reforço dessa ideia, Luiz LUISI afirmava que a culpabilidade

[...] é um princípio do Estado de direito. Nesse sentido é, também, a precisa e eloqüente lição de Ferrando Mantovani. Para o referido professor italiano, a culpabilidade é um “princípio de civilização jurídica, posto como alicerce dos modernos sistemas penais”.⁵⁶

Com efeito, não é possível, atualmente, falar em imputação sem ter presente a ideia de culpabilidade. E, sendo assim, não se pode ir adiante sem antes estabelecer qual o significado do conceito, bem como a sua relação com o tema da dosimetria da pena.

De início, é importante notar que existem, basicamente, dois pontos de vista acerca da culpabilidade: aquele que a vê como um conceito plurívoco, que admite várias acepções, e aquele que acredita na sua univocidade.

Para os defensores da primeira corrente, ou seja, que admitem mais de um significado à culpabilidade⁵⁷, esta pode ser vista como fundamento da pena (I), consistente no elemento dogmático do conceito de crime, responsável pela afirmação da necessidade e possibilidade de aplicação de uma sanção criminal; como medida da pena (II), quando atuaria na individualização judicial desta, ou seja, teria a função de determinar o grau da sanção a ser aplicada; e como princípio, que, por sua vez, além de limitar o poder punitivo estatal, seria o próprio fundamento deste poder, na medida em que só é legítimo o seu exercício quando há culpa no agir do autor (III).

⁵⁵ BRUNONI, Nivaldo. *Princípio de Culpabilidade: considerações. Fundamento, Teoria e Consequências*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 34.

⁵⁶ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 38.

⁵⁷ Como é o caso de Nivaldo BRUNONI (BRUNONI, Nivaldo. *Princípio de Culpabilidade: considerações. Fundamento, Teoria e Consequências*. Curitiba: Juruá, 2008.), que segue os ensinamentos de ACHENBACH. No mesmo sentido, Paulo César BUSATO e Sandro Montes HUAPAYA (BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 143-144), além de Cezar Roberto BITENCOURT (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 386-387).

Segundo esta teoria, no primeiro sentido (culpabilidade como fundamento da pena), eminentemente dogmático, a culpabilidade faz parte da estrutura do delito, sendo composta de três elementos básicos: o potencial conhecimento do ilícito, a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa⁵⁸. Preenchendo esses três requisitos, o autor de um fato típico e antijurídico pode ser punido com uma pena criminal.

Em segundo lugar, a culpabilidade também pode ser vista como elemento de graduação da pena; vale dizer, tanto maior será a sanção aplicada quanto maior o grau de culpa do agente.

Por fim, a culpabilidade seria a garantia de um Direito penal subjetivo, que excluiria toda objetividade ao exigir, para a responsabilização penal do agente, a presença de dolo ou culpa no seu agir: é a “ideia de culpabilidade”, nos termos propostos por BRUNONI⁵⁹.

Contudo, Anabela Miranda RODRIGUES⁶⁰ faz uma ressalva com relação a essa ideia. Segundo a autora, é preciso compreender que não existem vários, mas apenas um conceito de culpabilidade; o que pode mudar, tão somente, é o *conteúdo material* desse conceito. É dizer, dependendo do conteúdo que lhe é atribuído, a culpabilidade pode ser utilizada apenas para a imputação de responsabilidade penal ou pode ir além, servindo também como elemento determinante para a individualização da pena. É o que se extrai da seguinte afirmação:

O núcleo das nossas preocupações prende-se com existência de um conceito de culpa operacional no âmbito do actual direito penal – e, portanto, aberto à satisfação das exigências preventivas –, com o qual possamos *lidar* para medir a pena. Só nesta perspectiva se justifica que abordemos aqui a temática do conteúdo material da culpa.

Aliás, impõe-se tanto mais esta perspectiva quanto, aliada a uma deficiente concepção de culpa em sede de pressupostos da punibilidade, está a necessidade de elaborar um conceito diferente de <<culpa para efeito de medida da pena>>. O fenómeno observa-se com bastante vigor na doutrina alemã, onde se pode dizer em geral que, sob a comum etiqueta de culpa, o

⁵⁸ Não cabe aqui adentrar especificamente na análise desses três elementos, porquanto isso desviaria o foco do estudo. Nada obstante, sobre o seu significado na teoria penal vide, para citar alguns autores, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011; PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral*. 7ª ed., rev. e atual. 2ª ti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4ª ed. rev. e atual. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005.

⁵⁹ BRUNONI, Nivaldo. *Princípio de Culpabilidade: considerações. Fundamento, Teoria e Consequências*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 30-31.

⁶⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

conceito não cumpre duas funções distintas nas decisões sobre o *an* e o *quantum* da pena, antes se faz referência a conceitos distintos consoante a função que desempenham e consoante os seus elementos constitutivos.⁶¹

Portanto, segundo RODRIGUES, a culpabilidade seria um conceito único que, não obstante, precisamente pelo significado que lhe é atribuído, decorrente do *conteúdo material* que se lhe designa, interfere tanto no momento da imputação quanto na aplicação da pena.

De qualquer forma, a despeito das divergências postas por RODRIGUES, o fundamental é perceber que ela também acaba por eleger a culpabilidade como elemento dogmático decisivo que atua tanto no momento da imputação do fato delitivo quanto na determinação da medida da pena⁶². O que ela não percebe, contudo, é que em ambos os momentos a culpabilidade estaria presente também enquanto princípio garantidor, estabelecendo algumas limitações e exigências ao exercício do poder punitivo estatal.

E estas exigências não decorrem da forma como atualmente se entende o conceito dogmático de culpabilidade; derivam, isto sim, da maneira como era compreendido já no início de sua teorização⁶³. Para que se possa compreender melhor o que se pretende dizer com isso, é interessante fazer uma ligeira análise a respeito da evolução do conceito dogmático de culpabilidade, examinando as diferentes teorias que procuraram estabelecer uma estrutura adequada para sua significação.

Num primeiro momento, precisamente durante o final do século XIX e início do século XX, período marcado pelo modelo causalista da ação de Franz von LISZT,

⁶¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 399-400.

⁶² Em sentido contrário, Tatjana HÖRNLE sugere que a culpabilidade deveria permanecer adstrita à teoria do delito, cumprindo seu papel de requisito indispensável à imputação. E isto porque, segundo a autora, as modernas teorias sobre determinação da pena defendem que para definir a culpabilidade do autor do delito há que se considerar suas circunstâncias pessoais, tais como a personalidade e os antecedentes do réu, o que encontraria fundamento tão somente no malfadado “direito penal de autor” (*Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena em Alemania*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2003). Günter STRATENWERTH, por outro lado, acredita ser possível estabelecer a medida da pena de acordo com a culpabilidade de forma adequada, desde que se exclua dessa apreciação as características relativas ao autor do delito, mantendo apenas aquelas que remetem ao fato em si (“Culpabilidad por el hecho y medida de la pena”. In: *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980). Sobre o assunto, vide *infra*, item 2.1.2.

⁶³ Segundo Paulo César BUSATO e Sandro Montes HUAPAYA (BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 144-146), em que pese o princípio de culpabilidade tenha origem na idade média, ele consolida-se apenas com a teoria psicológica da culpabilidade, de forma que é deste ponto que se iniciará a análise que segue.

o princípio de culpabilidade era considerado unicamente como o vínculo subjetivo que se estabelece entre autor e fato.⁶⁴

Com efeito, na época partia-se de uma visão bipartida do ilícito, que separava os seus elementos objetivos e subjetivos, sem que houvesse qualquer relação entre eles. Procurava-se estabelecer, para cada qual, respectivamente, o nexo de causalidade material e psicológico que, uma vez verificados, comprovavam a existência de um delito⁶⁵. A ocorrência material de uma lesão a um bem jurídico era considerada o elemento objetivo do crime, ao passo que a culpabilidade consistia no seu elemento subjetivo, que podia dar-se na modalidade dolosa (quando a lesão ao bem jurídico era desejada) ou culposa (quando a lesão ao bem jurídico não era desejada, e sim corolário da imprudência)⁶⁶.

Esta era uma primeira consequência do princípio de culpabilidade tal como entendido à época, qual seja, a reivindicação de uma responsabilidade penal subjetiva, pautada na presença de dolo ou imprudência na ação delitiva.

Isto representou uma grande revolução para o Direito penal, já que, inicialmente, as bases da responsabilidade fundavam-se numa relação objetiva de causalidade entre o fato e seu autor⁶⁷. Conforme anota Antônio José Fabrício

⁶⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4ª ed. rev. e atual. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005. p. 200-201.

⁶⁵ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. “La Fundación de la Teoría Normativa de la Culpabilidad”. In.: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.); ABOSO, Gustavo Eduardo (Coord.). *Maestros del Derecho Penal*. v. 1. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2004. p. 14.

⁶⁶ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral*. 7ª ed., rev. e atual. 2ª ti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 343.; SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4ª ed. rev. e atual. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005. p. 201. Segundo ensina Karl BINDING, a distinção entre dolo e culpa, enquanto elementos da culpabilidade, veio a surgir apenas com os romanos, porquanto no início conhecia-se apenas a forma dolosa de delito: “[...] resulta completamente irrefutável que a vontade criminal originariamente era única. Originariamente existia apenas uma forma de culpabilidade. [...] A unidade da culpabilidade é superada pelos romanos mediante o descobrimento de sua segunda forma, a culpa (levis).” Tradução livre de: “[...] resulta completamente irrefutável que la voluntad criminal originariamente era única. Originariamente sólo existía una forma de culpabilidad. [...] La unidad de la culpabilidad es superada por los romanos mediante el descubrimiento de su segunda forma, la culpa (levis).” (BINDING, Karl. “El doble concepto jurídico de culpabilidad”. In.: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.); ABOSO, Gustavo Eduardo (Coord.). *Maestros del Derecho Penal*. v. 30. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2009. p. 13-14). Não obstante isso, segundo o autor, o direito romano não chegou a conhecer o delito imprudente, já que o resultado culposos era sancionado apenas no âmbito civil, e não criminal. A ação imprudente passou a ser sancionada enquanto crime apenas na primeira metade do século XVI, e ainda assim não era considerado como um verdadeiro delito, mas sim como um “quase delito”, ideia esta que permaneceu até o final do século XVIII. (BINDING, Karl. “El doble concepto jurídico de culpabilidad”. In.: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.); ABOSO, Gustavo Eduardo (Coord.). *Maestros del Derecho Penal*. v. 30. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2009. p. 16-18).

⁶⁷ Em sentido contrário, Karl BINDING sugere que “[...] não há nada nas fontes do nosso Direito que indique que houve um período no qual o princípio fundamental fosse o da responsabilidade pelo resultado – cuja existência em geral hei de considerar como muito improvável por razões ínsitas à evolução da culpabilidade [...]”. Tradução livre de “[...] no hay nada en las fuentes de nuestro Derecho

LEIRIA, neste período se acreditava que “a *responsabilidade decorre de uma relação eminentemente causal, onde se desconhece ou se despreza todo e qualquer vínculo de natureza psíquica*”⁶⁸. Por outro lado, lembra o professor, já em meados do século XVIII a responsabilidade subjetiva começa a surgir no cenário penal, como corolário da culpabilidade (tida como o liame psicológico entre autor e delito). Em franca defesa dessa responsabilidade subjetiva, pela culpa, afirma LEIRIA:

Nestas condições, à cultura dos homens repugna um Código Penal, que consagre a responsabilidade objetiva. Fora da individualidade moral do homem livre, não se concebe a responsabilidade no campo jurídico-penal. Este é o posicionamento incontestável do moderno direito de punir. [...] De onde flui a consequência lógica de os penalistas da atualidade estarem todos envolvidos na tarefa de expungir dos diplomas penais os resquícios da responsabilidade sem culpa, porventura existentes.⁶⁹

Vige, portanto, o brocardo *nullum crimen sine culpa*⁷⁰: não há crime sem que haja culpa – termo empregado aqui em sentido lato, para abranger tanto o dolo como a imprudência. Vale dizer, na falta de um desses dois elementos subjetivos do injusto, não há como se falar em delito, precisamente pela falta de um vínculo psicológico entre o fato e seu autor.

Note-se, já aqui, que, durante a vigência do modelo causalista da ação e do conceito psicológico de culpabilidade, este era o elemento responsável por uma primeira individualização da pena, justamente por distinguir os delitos dolosos daqueles culposos. Ora, é evidente que não se pode punir da mesma forma o agente que quis lesionar um bem jurídico e o agente que não o desejava mas, por uma falta de cuidado, acabou por lesionar o mesmo bem.⁷¹

que indique que hubiera un período en que el principio fundamental fuera el de la responsabilidad por el resultado – cuya existencia en general he de considerar como muy improbable por razones ínsitas en la evolución de la culpabilidad [...] (BINDING, Karl. “El doble concepto jurídico de culpabilidad”. In.: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.); ABOSO, Gustavo Eduardo (Coord.). *Maestros del Derecho Penal*. v. 30. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2009. p. 13.).

⁶⁸ LEIRIA, Antônio José Fabrício. *Fundamentos da Responsabilidade Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 60.

⁶⁹ LEIRIA, Antônio José Fabrício. *Fundamentos da Responsabilidade Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 64.

⁷⁰ A expressão, segundo ensina Claus ROXIN, foi cunhada por FEUERBACH, e traduz uma função limitadora do poder punitivo do Estado. (ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 46).

⁷¹ Neste sentido, James GOLDSCHMIDT afirma que “[...] *ainda que de nenhuma maneira eu duvide de que o dolo e a culpa são graus de culpabilidade (e não como geralmente se diz, de forma incorreta: espécies de culpabilidade)*, estou completamente de acordo com Frank sobre o fato de que *a gravidade da culpabilidade depende também da medida da ‘liberdade’ [...]*”. Tradução livre de “[...] *aunque de ninguna manera yo dudo de que el dolo y la culpa son grados de la culpabilidad (no como generalmente se dice en forma incorrecta: especies de culpabilidad)*, estoy completamente de

A distinção entre delitos dolosos e culposos, portanto, apresenta-se como uma primeira forma de individualização da pena; e como esta distinção teve origem no conceito de culpabilidade, nada mais correto do que afirmar que é da culpabilidade que deriva a individualização da pena, já que introduz no Direito penal uma exigência de proporcionalidade entre o delito cometido e a sanção a ser aplicada. Nas palavras de Luiz LUISI, “*É inquestionável que a individualização da pena, no seu aspecto judicial, ou seja, na aplicação da pena a um réu, tem como base fundamental a culpabilidade.*”⁷²

Para além disso, outras exigências eram postas pelo princípio de culpabilidade, também fundamentais para a manutenção de um Direito penal minimamente democrático e liberal.

Em primeiro lugar, e até mesmo como corolário da subjetividade, temos a denominada pessoalidade da pena, determinando que a sanção não deve passar da pessoa do condenado para atingir a terceiros⁷³. Nas palavras de José Antonio Paganella BOSCHI, “*o princípio da pessoalidade propõe compreender, então, que a*

acuerdo con Frank en que la gravedad de la culpabilidad depende también de la medida de la 'libertad' [...]’. (GOLDSCHMIDT, James. “La concepción normativa de la culpabilidad”. In.: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.); ABOSO, Gustavo Eduardo (Coord.). *Maestros del Derecho Penal*. v. 7. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2007. p. 105-106). A primeira parte da citação é o que realmente interessa, aqui (para demonstrar que dolo e culpa são graus de culpabilidade); a segunda parte demonstra que o autor defende a chamada “teoria psicológico-normativa”, e não a “teoria psicológica” da culpabilidade (vide *infra*, p. 25-28), o que de forma alguma compromete a validade da citação. Optou-se pela íntegra da frase para não correr-se o risco de adulterar a opinião do autor. Nesta mesma linha, HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 294-302.

⁷² LUISI, Luis. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 37. Neste sentido é também a opinião de Karl BINDING, quando afirma: “*Para o prático do direito penal não há objeto algum cuja relevância se aproxime, nem de longe, à da culpabilidade. Com base nela deve acusar, constata-la, distinguir, por sua mão, culpabilidade e ausência de culpabilidade, encontrar para a culpabilidade a medida da pena justa.*” Tradução livre de: “*Para el práctico en lo criminal no hay objeto alguno cuya significación se acerque, siquiera de lejos, a la de la culpabilidad. Con base en ella debe acusar, constatarla, distinguir, por su mano, culpabilidad y ausencia de culpabilidad, encontrar para la culpabilidad la medida de la pena justa.*” (BINDING, Karl. “El doble concepto jurídico de culpabilidad”. In.: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.); ABOSO, Gustavo Eduardo (Coord.). *Maestros del Derecho Penal*. v. 30. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2009. p. 1).

⁷³ O que não quer dizer, contudo, conforme lembra-nos Luiz LUISI (*Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 51-52), que, eventualmente, terceiros possam sentir efeitos ‘reflexos’ da pena. É o caso, por exemplo, da mãe viúva que é condenada à pena privativa de liberdade: seus filho, evidentemente, sofrerão devido à falta da figura materna. O fato é que a pena em si, seus efeitos ‘diretos’, quem sofrerá é apenas a mãe, e ninguém além dela, ninguém em seu lugar. Essa responsabilidade pessoal está, atualmente, expressamente prevista no art. 5º, XLV, da Constituição Federal: “*Nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]*”.

responsabilidade não pode ser transferida a terceiro, isto é, a qualquer pessoa não vinculada culposamente ao fato delituoso [...]”.⁷⁴

Isto nos leva a uma outra decorrência do princípio de culpabilidade, a saber, o princípio da presunção de inocência, inscrito atualmente no art. 5º, LVII, da Constituição Federal: “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. É mais uma garantia que visa proteger o indivíduo de eventuais abusos e arbitrariedades por parte do Estado: todos são inocentes e não podem sofrer nenhum tipo de sanção penal, pelo menos até que se prove a sua culpabilidade.

Por fim, podemos citar a ilegitimidade do chamado Direito penal de autor⁷⁵, que cede espaço ao Direito penal do fato. Não se pune o autor pelo que ele é, pelo que escolheu ser, senão pelo que ele fez. O que importa, *para a imputação*⁷⁶, é o fato concreto e não a personalidade do agente. Bem verdade que a culpabilidade diz respeito ao indivíduo, como não poderia deixar de ser, já que é um juízo de reprovação que recai sobre ele; mas deve ser analisada exclusivamente com relação ao fato cometido⁷⁷, e é precisamente neste sentido que se fala na proscrição do Direito penal de autor.

Vale dizer, a exigência de uma responsabilidade penal pelo fato, pautada pela subjetividade e pessoalidade, e que não se presume, é, de fato, uma decorrência lógica do princípio de culpabilidade, que consagra, desta forma, diversas garantias em favor do cidadão, seja impedindo determinadas formas de imputação, seja estabelecendo uma necessária proporcionalidade⁷⁸ entre culpa e sanção (individualização da pena).

⁷⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 49.

⁷⁵ Um dos melhores exemplos do direito penal de autor pode ser encontrado na “culpabilidade por condução de vida”, de Edmund MEZGER. O autor desenvolveu sua teoria na Alemanha, durante o período do nacional-socialismo, e sugeria a punição de judeus e ciganos, por exemplo, pelo simples fato de não fazerem parte da comunidade alemã, pouco importando se haviam ou não cometido um fato criminoso. Sobre o assunto, vide DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa, direito penal*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. p. 92-101.

⁷⁶ Sobre a necessidade de considerações subjetivas, relativas ao sujeito, no momento posterior à imputação, ou seja, na aplicação da pena, sem que isso constitua Direito penal do autor, vide *infra*, item 2.1.2 do presente estudo.

⁷⁷ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 155.

⁷⁸ Sobre as relações entre proporcionalidade e culpabilidade, ver o capítulo 7 de BRUNONI, Nivaldo. *Princípio de Culpabilidade: considerações – fundamento, teoria e consequências*. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 133-136. O autor afirma que “O princípio de proporcionalidade apenas ‘complementa’ o Princípio de Culpabilidade, impondo que a pena guarde certa correspondência com a culpabilidade normativa.”

Note-se, contudo, que todas essas exigências postas pela culpabilidade, bem como a correlação entre esta e a individualização da pena, só se fazem presentes na medida em que a culpabilidade é vista, neste período, como o vínculo subjetivo existente entre autor e fato.

Nada obstante, lembra-nos Juarez Cirino dos SANTOS⁷⁹, com o passar dos anos foi-se percebendo algumas falhas dentro do conceito psicológico de culpabilidade, que não era capaz de explicar os casos de imprudência inconsciente (onde não há relação psicológica entre autor e fato e mesmo assim pune-se o indivíduo), nem tampouco os de inexigibilidade de conduta diversa (onde a relação psicológica se estabelece mas nenhuma pena é aplicada).⁸⁰

Tendo isso em vista, Reinhard FRANK, em 1907, introduz um elemento normativo no conceito de culpabilidade, consistente num juízo de reprovação dirigido ao autor⁸¹. Segundo FRANK:

O erro da concepção tradicional se baseia na falta de consideração dos elementos individuais da culpabilidade. Ela considera apenas o dolo e a imprudência, mas não a imputabilidade e nem tampouco as circunstâncias sob as quais se deu o fato.⁸²

E para o autor, a consideração de todos esses elementos (dolo/imprudência, imputabilidade e circunstâncias concomitantes) é que levam à conclusão de que culpabilidade é reprovabilidade: *“Na busca de uma expressão breve que contenha todos os mencionados componentes do conceito de culpabilidade, não encontro outra que não a reprovabilidade. Culpabilidade é reprovabilidade.”*⁸³

⁷⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4ª ed. rev. e atual. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005. p. 202.

⁸⁰ ZAFFARONI e PIERANGELI vão um pouco mais além na crítica ao conceito psicológico de culpabilidade, ao afirmar que ele não dava conta de explicar, além da culpa inconsciente e da inexigibilidade de conduta diversa (estado de necessidade exculpante), também o problema da imputabilidade, já que mesmo o doente mental estabelece uma relação psicológica com o fato e, não obstante, não é punido com uma pena. (PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral*. 7ª ed., rev. e atual. 2ª ti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 519.

⁸¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4ª ed. rev. e atual. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005. p. 202.

⁸² Tradução livre de: *“El error de la concepción tradicional se basa en la falta de consideración de los elementos individuales de la culpabilidad. Ella considera solamente el dolo y la imprudencia, pero no la imputabilidad ni tampoco las circunstancias bajo las cuales es llevado a cabo el hecho.”* FRANK, Reinhard. “Sobre la estructura del concepto de culpabilidad”. In.: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.); ABOSO, Gustavo Eduardo (Coord.). *Maestros del Derecho Penal*. v. 1. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2004. p. 37.

⁸³ Tradução livre de: *“En la búsqueda de una expresión breve que contenga todos los mencionados componentes del concepto de culpabilidad, no encuentro otra que la reprochabilidad. Culpabilidad es*

Em outras palavras, a culpabilidade representa não mais apenas um elemento psicológico (vínculo subjetivo), mas também normativo (juízo de reprovação), dando origem ao que a doutrina denomina de “teoria psicológico-normativa” ou “teoria complexa da culpabilidade”⁸⁴. Ela não determina apenas que um fato específico pode ser imputado a um sujeito determinado, mas também que a este sujeito deve ser dirigido um juízo de reprovação por ter violado uma norma jurídico-penal, quando poderia tê-lo evitado⁸⁵. Nas palavras de ZAFFARONI e PIERANGELI, “*a culpabilidade só podia ter um conteúdo heterogêneo: o dolo e a culpa, e a reprovação dirigida ao autor por seu dolo ou sua culpa.*”⁸⁶

Perceba-se que como o dolo e a culpa continuam a integrar o conceito de culpabilidade, ou seja, como a culpabilidade ainda é tida como vínculo subjetivo (embora não exclusivamente), todas aquelas garantias antes vistas, que tiveram origem na teoria psicológica da culpabilidade (responsabilidade penal subjetiva e pessoal, pelo fato, e a presunção de inocência, bem como a ideia de individualização da pena), ainda aqui se fazem presentes, zelando pela proteção do indivíduo em face do Estado.

E no que toca à individualização da pena, particularmente, com uma agravante: a ideia de reprovabilidade potencializa aquilo que inicialmente era efeito tão somente da distinção entre dolo e culpa. De fato, nas palavras de James GOLDSCHMIDT, “[...] *é a característica normativa da culpabilidade, reconhecida como tal, que torna possível e explica a possibilidade de graduação da culpabilidade.*”⁸⁷ E ainda segundo o mesmo autor, o hiato existente entre a

reprochabilidad.” FRANK, Reinhard. “Sobre la estructura del concepto de culpabilidad”. In.: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.); ABOSO, Gustavo Eduardo (Coord.). *Maestros del Derecho Penal*. v. 1. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2004. p. 39.

⁸⁴ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral*. 7ª ed., rev. e atual. 2ª ti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 520.

⁸⁵ Neste ponto é importante lembrar a contribuição de Bertold FREUDENTHAL para a construção do conceito psicológico-normativo de culpabilidade, consistente na inclusão da ideia de exigibilidade. Para referido autor, só é legítimo reprovar-se a conduta de um determinado sujeito se e quando lhe poderia ser exigido uma atuação diferente, conforme o Direito. (FREUDENTHAL, Bertold. “Culpabilidad y reproche en el derecho penal”. In.: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.); ABOSO, Gustavo Eduardo (Coord.). *Maestros del Derecho Penal*. v. 11. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2006).

⁸⁶ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral*. 7ª ed., rev. e atual. 2ª ti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 520.

⁸⁷ Tradução livre de “[...] *es la característica normativa de la culpabilidad, reconocida como tal, la que hace posible y explica la posibilidad de la graduación de la culpabilidad.*” GOLDSCHMIDT, James. “La concepción normativa de la culpabilidad”. In.: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.); ABOSO, Gustavo Eduardo (Coord.). *Maestros del Derecho Penal*. v. 7. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2007. p. 124. Neste sentido, veja-se também NUÑEZ, Ricardo C. “Bosquejo de la culpabilidad”. In.: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.); ABOSO, Gustavo Eduardo (Coord.). *Maestros del Derecho Penal*. v. 7. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2007. p. 78-79.

exigibilidade⁸⁸ de atuação conforme a norma e a motivação contrária a ela é o que permite a determinação da gravidade da culpabilidade do indivíduo (e, portanto, contribui para o cálculo da sanção a ser imposta).^{89,90}

Mais tarde, no entanto, Hans WELZEL, com sua teoria finalista da ação, revoluciona a teoria do delito ao retirar do conceito de culpabilidade todo e qualquer elemento psicológico, trasladando o dolo e a culpa para o tipo subjetivo do injusto⁹¹. A culpabilidade, então, limita-se a um componente normativo, qual seja, a reprovabilidade, configurando o que Urs KINDHÄUSER chama de “culpabilidade formal”:

Por culpabilidade formal entendo o juízo de reprovação formulado como resultado da imputação dogmática de um fato punível. Esta reprovação reza: caso o autor tivesse se motivado de acordo com a norma, então ele teria evitado seu comportamento antijurídico. Não há razões – sejam causas de exclusão de culpabilidade, sejam causas de exculpação – para que o autor não tenha se motivado de acordo com a norma. Consequentemente, cabe imputar-lhe seu comportamento delitivo a título de culpabilidade.⁹²

Deixa, portanto, de conter o vínculo subjetivo (dolo e culpa) estabelecido entre autor e fato, e traduz-se, tão-somente, em reprovabilidade moral⁹³: reprova-se

⁸⁸ Vide *supra*, nota 85.

⁸⁹ GOLDSCHMIDT, James. “La concepción normativa de la culpabilidad”. In.: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.); ABOSO, Gustavo Eduardo (Coord.). *Maestros del Derecho Penal*. v. 7. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2007. p. 125.

⁹⁰ É importante deixar claro, aqui, que apesar do elemento normativo da culpabilidade atuar como ponto nodal da individualização da pena, ele ainda depende de seu elemento psicológico, já que é sobre este que incide aquele. Em outras palavras, a reprovabilidade é mensurada apenas porque o dolo e a culpa exigem uma necessária proporcionalidade entre delito e sanção. Não fosse a compreensão da culpabilidade enquanto vínculo subjetivo, não haveria motivos para graduá-la, posto que a responsabilidade, assim como as penas, estaria, mais uma vez, objetivada.

⁹¹ BRANDÃO, Cláudio. “Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro”. In.: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Ano 15, nº 02. Abril/junho de 2005. p. 209-227. O autor fala apenas na transposição do dolo, o que, obviamente, não significa que a culpa permaneceu no conceito de culpabilidade, já que ambos constituem o vínculo subjetivo do autor com o fato.

⁹² KINDHÄUSER, Urs. “La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad”. In: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho*. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2011. p. 68.

⁹³ Günter STRATENWERTH, contudo, discorda da ideia segundo a qual a culpabilidade traduz-se num juízo de reprovação ética dirigido a um sujeito determinado. Para o autor, a culpabilidade seria um conceito mais social do que individual, já que a sociedade (principalmente quando constituída na forma de um Estado Social e Democrático de Direito) seria corresponsável pelo fato delitivo. Nas palavras do autor: “[...] em lugar de um Direito Penal retributivo que atribui a lesão de um direito somente ao autor, utilizando-se para tanto do princípio de culpabilidade, e que o abandona posteriormente a sua própria sorte, deve implantar-se uma forma de reação jurídico-penal que extraia as consequências da corresponsabilidade da sociedade e que exerça, portanto, frente ao autor, uma solidariedade humana.” (tradução livre de “[...] en lugar de un Derecho Penal retributivo que atribuye la lesión de un derecho sólo al autor ayudándose para ello con el reproche de culpabilidad y que lo abandona con posterioridad a su propio destino, debe implantarse una forma de la reacción jurídica-penal que extraiga las consecuencias de la corresponsabilidad de la sociedad y que ejerza

o autor por ter agido em desconformidade com o Direito, quando poderia tê-lo evitado. É o que determina a chamada “teoria normativa pura da culpabilidade”, segundo a qual, nas palavras de Cezar BITENCOURT,

A culpabilidade [...] não se esgota nessa relação de desconformidade entre ação e ordem jurídica, mas, ao contrário, a reprovação pessoal contra o agente do fato fundamenta-se na não omissão da ação contrária ao Direito ainda e quando podia havê-la omitido, pois dele se espera uma motivação concorde com a norma legal.⁹⁴

Essa depuração do conceito, no entanto, traz algumas consequências e necessidades teóricas que, em última análise, acabam pondo em xeque aquelas garantias próprias dos conceitos psicológico e psicológico-normativo de culpabilidade⁹⁵. Ora, se elas decorrem da compreensão da culpabilidade enquanto vínculo subjetivo⁹⁶, como restou demonstrado, e agora a culpabilidade é vista exclusivamente como reprovabilidade moral, poder-se-ia dizer, *a priori*, que aquelas garantias não se fazem mais presentes⁹⁷.

Esse silogismo, contudo, não está correto. Isto porque ainda hoje persiste, no âmbito do Direito penal, a ideia de culpabilidade como liame subjetivo. Tanto isso é verdade que Tatjana HÖRNLE, ao apresentar as principais teorias acerca do significado atual do termo, aduz que “*Conforme a todas as concepções modernas, trata-se da imputação subjetiva do fato ao autor [...]*”⁹⁸. Neste mesmo sentido é também a opinião de Figueiredo DIAS, quando afirma:

por lo tanto frente al autor una solidaridad humana.” – STRATENWERTH, Günter. “El futuro del principio juridicopenal de culpabilidad”. In: *El futuro del principio juridico penal de culpabilidad*. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980. p. 120).

⁹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 405.

⁹⁵ Apenas para recordar, tais garantias consistem, para além da individualização da pena, na exigência de uma responsabilidade penal pelo fato, subjetiva e pessoal, e que não se presume.

⁹⁶ Vide *supra*, nota 90.

⁹⁷ Neste sentido, veja-se o que afirma Winfried HASSEMER, em tom evidentemente crítico: “*Entretanto, para o grau de culpabilidade na estrutura do delito isto significa uma grave perda. Se os graus de participação interna são transferidos ao tipo como sua parte ‘subjetiva’, para os graus de culpabilidade fica, juntamente com a incapacidade de culpabilidade e as exculpantes, apenas uma imagem vazia de conteúdo: a ‘reprovabilidade’ do fato antijurídico.*” (HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 304).

⁹⁸ Tradução livre de “*Conforme a todas las concepciones modernas se trata de la imputación subjetiva del hecho al autor [...]*”. HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad – notas sobre la teoría de la determinación de la pena em Alemania*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2003. p. 54.

[...] retirar todo o substrato ao conceito de culpa, transformando-o em 'puro juízo de censura', é solução que furta ao conceito o cumprimento da função que deve desempenhar no sistema e fora da qual ele perde o seu carácter irrenunciável e sem alternativa. [...] Nem a culpa, se quiser cumprir a sua função de limitação do intervencionalismo estatal (nomeadamente na matéria primordial de limite da medida da pena), pode esgotar-se num puro juízo de censura dirigido a uma matéria que foi determinada sem qualquer conexão com os pontos de vista próprios da culpa.⁹⁹

Neste ponto, não há como deixar de notar a existência de uma aparente contradição no que foi exposto logo acima. Ora, se a culpabilidade é um conceito exclusivamente normativo, adstrito à reprovabilidade moral, como pode ela referir-se também ao liame subjetivo entre autor e fato? A resposta para esta questão – e isto, de algum modo, pode ser extraído das palavras de Figueiredo DIAS, logo acima – só pode ser encontrada no âmbito daquelas teorias, já apresentadas¹⁰⁰, que veem na culpabilidade um conceito plurívoco, admitindo mais de um significado.

Com efeito, a contradição apontada desaparece ao se admitir que o conceito normativo de culpabilidade elaborado por WELZEL diz respeito à *culpabilidade como fundamento da pena*, que atua dentro do conceito analítico de crime, ao passo que a culpabilidade como vínculo subjetivo refere-se, atualmente¹⁰¹, ao *princípio de culpabilidade*.

Nesta perspectiva, o *princípio de culpabilidade* consistiria precisamente na contribuição subjetiva do agente para com o resultado, e traria em seu bojo todas aquelas garantias antes analisadas¹⁰², dentre as quais se destaca a individualização da pena.

É isto o que se procurou evidenciar acima, quando se afirmou que, tanto no momento da imputação do fato delitivo, quanto na determinação da medida da pena, a culpabilidade estaria presente não apenas como elemento dogmático, mas também enquanto princípio garantidor, estabelecendo limitações e exigências ao exercício do poder punitivo estatal.

Finalmente, não se pode olvidar da *culpabilidade como limite da pena*, que, em última análise, não é senão o resultado da soma dos dois significados anteriores.

⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral – tomo I – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 513. Sobre o assunto, ainda, HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 292-293.

¹⁰⁰ Vide *supra*, p. 18-20.

¹⁰¹ “Atualmente” porque, conforme já explicitado, a ideia de culpabilidade como vínculo subjetivo entre autor e fato compôs o período inicial do desenvolvimento do conceito enquanto categoria do delito.

¹⁰² Vide *supra*, nota 95.

Em primeiro lugar, porque se a culpabilidade como conceito integrante da estrutura do delito é vista como reprovabilidade, conforme ensinam PIERANGELI e ZAFFARONI, ela “é um conceito eminentemente graduável, isto é, admite graus de reprovabilidade”¹⁰³. Ou seja, a mesma ideia de reprovabilidade utilizada para se verificar a possibilidade e necessidade de se imputar uma conduta a alguém é também utilizada para determinar o grau da sanção a ser imposta; a diferença é que agora não se trata mais de saber se a conduta do sujeito foi reprovável, mas sim o *quanto* ela é reprovável.

E em segundo lugar, porque é a partir do *princípio de culpabilidade* que se pode determinar o grau de reprovabilidade da conduta praticada, já que, por consistir na exigência de contribuição subjetiva para com o resultado¹⁰⁴, determina como deve ser realizada a mensuração: levando-se em conta não apenas elementos objetivos, relativos ao fato em si, mas também elementos subjetivos, relativos ao seu autor. Em outras palavras, autor e fato, isoladamente considerados, nada contribuem para a quantificação da reprimenda; o que realmente importa é a relação que entre ambos se estabelece, e que decorre diretamente do *princípio de culpabilidade*.

2.1.2 A CARGA PENAL DO FATO E SEU AUTOR

Uma vez verificado que a culpabilidade constitui a base da individualização da pena, e que, enquanto tal, exige uma necessária correspondência entre autor e fato, cumpre agora analisar de que maneira isto não conflita com um Direito penal democrático e igualitário, aproximando-se do malogrado Direito penal de autor. Isto porque, conforme já assinalado¹⁰⁵, há autores, como Tatjana HÖRNLE e Günter STRATENWERTH, que não admitem nenhuma espécie de consideração subjetiva na determinação da medida da pena, justamente por considerar que isto feriria os princípios do Direito penal do fato.

¹⁰³ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral*. 7ª ed., rev. e atual. 2ª ti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 521. Em sentido semelhante, HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 294-302.

¹⁰⁴ Vide *supra*, p. 28-30.

¹⁰⁵ Vide *supra*, nota 62.

Para tanto, mostra-se bastante conveniente citar, de início, as palavras de Paulo César BUSATO e Sandro Montes HUAPAYA:

Se a pena cumpre missões e funções no sistema de imputação, logicamente estas missões e funções se cumprem através de diferentes medidas diante de sujeitos também diferentes.

A culpabilidade individual determina que cada sujeito tem o direito a sua própria pena, ou seja, que cada indivíduo tem direito a que sua pena adquira uma conformação ajustada a ele próprio, tendo em vista os fins a que visa alcançar.¹⁰⁶

Ou seja, como cada indivíduo é um ser singular, dotado de peculiaridades, cada um responde de maneira diversa à pena que lhe é imposta. Deste modo, ao se fixar a reprimenda, as particularidades do sujeito devem ser levadas em conta, sob pena de se sancionar da mesma forma o indivíduo sensível aos efeitos da sanção e aquele cujas características impedem que ela lhe surta qualquer efeito. Sobre o assunto, Figueiredo DIAS leciona:

Como fatores relevantes para a medida da pena aponta a doutrina o da sensibilidade à pena – isto é, a medida em que o agente será atingido pela pena que lhe for aplicada: *Strafempfindlichkeit* – e o da suscetibilidade de ser influenciado pela pena – isto é, a reacção previsível do agente à aplicação de uma certa pena: *Strafempfänglichkeit*.¹⁰⁷

É dizer, se se consideram importantes os fins a que a pena se propõe¹⁰⁸, quaisquer que sejam eles – e não se logra compreender como seria possível não considerar sua relevância, já que isto levaria à negação do próprio Direito penal¹⁰⁹ –,

¹⁰⁶ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 157.

¹⁰⁷ E continua o autor: “[...] não será a mesma, v.g., a sensibilidade à pena que se esperará de um multi-reincidente ou de um delinquente primário, ocasional ou por afecto; como não será o mesmo juízo de prognose a fazer num caso e no outro e, portanto, a possibilidade de um e outro agente serem influenciados pela pena.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: parte geral II – as consequências jurídicas do crime*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 249).

¹⁰⁸ Winfried HASSEMER chega a afirmar que a consideração dos fins da pena é o que confere significado ao juízo de culpabilidade, tal como hoje é compreendido: “O regresso ao poder geral de agir de outro modo (a normatização do critério da culpabilidade) por sua vez já colocou em dúvida a possibilidade de uma reprovação da culpabilidade face ao autor. A concepção da dogmática da culpabilidade orientada pelos fins da pena é somente o ajuste desta dúvida à construção ideal e conceptual de uma moderna ciência do Direito Penal orientada e interessada politicamente.” (HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 316). Sobre a importância dos fins da pena para sua determinação, ver também ZIFFER, Patrícia S. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996. p. 24 e 31.

¹⁰⁹ Com efeito, o Direito penal, enquanto instrumento a serviço da sociedade, apresenta como fim último a aplicação de uma pena; e se não se atribui uma finalidade à esta, esvazia-se o significado do Direito penal em si, cuja existência não faria mais sentido algum. Ora, se a pena não serve para

não há como desconsiderar o caráter do sujeito no momento da determinação da medida da pena.

Em sentido um tanto quanto diverso deste que se acabou de demonstrar, James GOLDSCHMIDT também defendia a utilização do caráter enquanto elemento balizador da sanção:

Quanto mais reprováveis foram os motivos que levaram ao crime, e quanto mais insignificante foi sua causa exterior, tanto mais exigível era erigir a representação do resultado como contramotivo, e tanto mais reprovável é, então, a motivação contrária ao dever. [...] Quanto menos pese sobre essa balança a causa exterior do crime, tanto mais se deve explicar o crime pelo caráter do autor; em outras palavras, o caráter agrava.¹¹⁰

Note-se que, aqui, o autor defende a utilização de características subjetivas na aplicação da pena com base na categoria da exigibilidade, e não tendo em vista os fins da pena. De qualquer forma, trata de deixar claro que isto nada tem a ver com a teoria caracterológica da culpabilidade, uma das formas assumidas pelo Direito penal de autor. Explica que a diferença substancial encontra-se no objeto sobre o qual se dirige o juízo de valoração: enquanto a teoria caracterológica volta-se para o caráter, a análise proposta pelo autor dirige-se ao fato, levando em conta a motivação do autor (que tem no caráter a sua base) apenas para definir a sua gravidade.¹¹¹

Esta é, portanto, a pedra de toque da distinção entre o famigerado Direito penal de autor e o consagrado Direito penal do fato: o objeto sobre o qual é dirigido

nada, para que aplicá-la? E se não há porque aplicá-la, porque então fazer a previsão de crimes? Neste sentido, veja-se o que diz Jorge de Figueiredo DIAS: “[...] à sombra do problema dos fins das penas, é no fundo toda a teoria penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação e função da intervenção penal estatal.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral – tomo I – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 44). Aníbal BRUNO compartilha da mesma opinião, ao afirmar que “Hoje predomina a expressão teorias da pena, embora se reconheça que na justificação da sanção punitiva encontra o Direito Penal a sua própria justificação.” (BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral, tomo III: Pena e medida de segurança*. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense, 1967. p. 32).

¹¹⁰ Tradução livre de: “Cuanto más reprobables fueron los motivos estimuladores al crimen y tanto más insignificante fue su causa exterior, tanto más exigible era erigir la representación del resultado en contramotivo, y tanto más reprochable es, entonces, la motivación contraria al deber. [...] Cuanto menos pese sobre esta balanza la causa exterior del crimen, tanto más se debe explicar el crimen por el carácter del autor; en otras palabras, el carácter agrava.” (GOLDSCHMIDT, James. “La concepción normativa de la culpabilidad”. In.: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.); ABOSO, Gustavo Eduardo (Coord.). *Maestros del Derecho Penal*. v. 7. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2007. p. 138).

¹¹¹ GOLDSCHMIDT, James. “La concepción normativa de la culpabilidad”. In.: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.); ABOSO, Gustavo Eduardo (Coord.). *Maestros del Derecho Penal*. v. 7. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2007. p. 138-143.

o juízo de culpabilidade. Enquanto aquele se ocupa das características subjetivas do indivíduo, este se volta às características objetivas do fato concreto.

Esta diferença, no entanto, não é capaz de, isoladamente, oferecer uma resposta adequada para a questão à qual o presente tópico se propôs, qual seja, de averiguar como é possível utilizar as características pessoais do sujeito para individualizar a pena sem, contudo, adentrar no Direito penal de autor.

Para tanto, impende recordar aquilo que, conquanto pareça uma obviedade¹¹², apenas Winfried HASSEMER¹¹³ logrou evidenciar: que o Direito penal divide-se em dois momentos substanciais, consistentes na imputação do delito e na fixação da pena respectiva¹¹⁴. Primeiro se decide sobre se determinado indivíduo é ou não merecedor de pena para, apenas posteriormente, definir-se o grau da reposta penal adequada àqueles cuja culpabilidade já foi afirmada.¹¹⁵

No primeiro momento, da imputação, as características subjetivas do autor nada devem influenciar. É o fato objetivo, e apenas ele, que deve determinar o se da pena. Dizer que alguém merece ser punido pelo que é, pelo seu caráter, sua personalidade ou seus antecedentes, é inadmissível e constitui, isto sim, evidente Direito penal de autor.

¹¹² A imensa maioria dos autores em Direito penal, se não todos, acabam por fazer esta diferença. Contudo, fazem-no implicitamente, sem atentar para sua real importância (a qual se espera aclarar logo mais).

¹¹³ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 149-164.

¹¹⁴ Segundo ensina Heleno Cláudio FRAGOSO, este sistema bipartido é bastante evidente no Direito anglo-americano, onde o juiz, primeiramente, decide sobre a absolvição ou condenação do acusado. Neste último caso, ele designa uma audiência posterior para, apenas então, fixar a pena devida. E neste ínterim, é dizer, entre a condenação e a fixação da pena, o magistrado ordena a realização de diligências para obter “*informações sobre a personalidade e os antecedentes, ou seja, sobre as condições pessoais e de vida do acusado. [...] à vista de tais elementos, o juiz procura ajustar a pena às condições pessoais do réu.*” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 15ª ed., rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 322). No que se refere ao Brasil, isso também fica bastante evidente se se atentar para o procedimento do Tribunal do Júri, onde há uma divisão de competências para a imputação (conselho de sentença) e a aplicação da pena (juiz presidente). Ainda no que se refere à distinção entre imputação e aplicação da pena, Figueiredo DIAS, ao discorrer sobre as circunstâncias modificativas da pena, sustenta que “*Circunstâncias são, nesta acepção, pressupostos ou conjuntos de pressupostos que, não dizendo directamente respeito nem ao tipo-de-ilícito (objectivo ou subjectivo), nem ao tipo-de-culpa, nem mesmo à punibilidade em sentido próprio, todavia contendem com a maior ou menor gravidade do crime como um todo e relevam por isso directamente para a doutrina da determinação da pena. Dogmaticamente, pois, o estudo destas circunstâncias não pertence já à doutrina geral do crime, mas à das suas consequências jurídicas, nomeadamente à doutrina da determinação da pena.*” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: parte geral II – as consequências jurídicas do crime*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 199-200).

¹¹⁵ Ao que parece, é isto que GOLDSCHMIDT tinha em mente ao defender a influência do caráter para a aferição da culpabilidade do autor: referia-se à culpabilidade enquanto medida da pena, e não enquanto elemento do conceito dogmático de crime (vide *supra*, item 2.1.1), embora esta diferença ainda não fosse manifestada à época.

Por outro lado, no segundo momento, referente à fixação da pena, a subjetividade não pode ser deixada de lado, sendo tão relevante quanto os dados objetivos. Como já se disse há pouco, é fundamental, para a determinação da medida da pena, levar em consideração os fins que se pretende atingir com a aplicação da sanção, sejam eles de prevenção geral e especial, ou mesmo repressivos¹¹⁶. E as condições pessoais do réu são determinantes para poder-se averiguar os efeitos concretos da pena para cada indivíduo em particular. Nisto constitui, precisamente, a individualização da pena, como bem disse Nelson HUNGRIA: “*Retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso.*”¹¹⁷

Para deixar bem claro: o Direito penal de autor consiste em punir alguém pelo que é, pelas suas condições pessoais; por outro lado, o Direito penal do fato é punir alguém pelo que fez. Pois bem. Se alguém é punido pelo que fez, deve ser-lhe aplicada uma sanção. Esta, por sua vez, gerará efeitos no indivíduo, tanto positivos quanto negativos. E justamente para maximizar os efeitos positivos da penalidade e diminuir os negativos, deve-se considerar as características pessoais do condenado, pois só assim é possível antever os efeitos concretos da sanção naquele sujeito particular¹¹⁸.

Pode-se dizer, portanto, no limite, que a consideração de elementos subjetivos no momento da fixação da pena (jamais na imputação!) consiste em uma garantia fundamental do indivíduo em face do Estado, decorrente do princípio constitucional da individualização da pena, corolário da ideia de culpabilidade.

¹¹⁶ Sobre a influência dos fins da pena na determinação de sua medida, vide *infra*, item 3.2.

¹¹⁷ *Apud* LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 52.

¹¹⁸ É isto, ao que parece, que sugere a segunda parte do §46, (1), do Código Penal alemão (Strafgesetzbuch), quando dispõe: “§46 *Princípios da mensuração da pena: (1) A culpa do autor é a base para a medida da pena. Os efeitos que se deve esperar da pena sobre a vida futura do autor em sociedade devem ser considerados.*” Tradução livre de: “§46 *Grundsätze der Strafzumessung: (1) Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen.*” (ALEMANHA. Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 25. Juni 2012 (BGBl. I S. 1374) geändert worden ist. Disponível em: <www.gesetze-im-internet.de/stgb/>. Acesso em 25.11.2012). Nada obstante, anota Winfried HASSEMER, “*Caso se pretendesse levar realmente à sério a ordem do § 46 I 2 do StGB, seria necessário reorganizar o processo penal e a execução penal. Como o juiz pode avaliar de modo razoavelmente seguro os efeitos de sua sentença e da execução para a vida futura do autor em sociedade, se ele não emprega as investigações executadas com maior amplitude e com os métodos das ciências empíricas – para a quais atualmente ele não está em condições nem pessoais nem temporais?*” (HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 59).

2.2 INDIVIDUALIZAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Após analisar, a nível *macro*, no que consiste a individualização da pena e concluir como ela deve ser operada – admitindo considerações tanto de ordem objetiva quanto de ordem subjetiva –, cumpre agora voltar os olhos ao sistema brasileiro de fixação da pena para, então, poder determinar qual o papel do juiz criminal neste processo.

Antes, porém, é importante perceber, a partir da análise realizada no item 2.1, *supra*, acerca da evolução da ideia de individualização da pena, a existência de dois sistemas no que se refere à relação entre individualização e discricionariedade judicial.

Num primeiro momento, predominava a absoluta liberdade do julgador, onde este podia fixar as penas de acordo com o que bem entendesse, sem encontrar qualquer limite legal.¹¹⁹ Em seguida, no entanto, percebendo as arbitrariedades e inseguranças que o sistema propiciava e tendo como base a ideia segundo a qual o juiz não deveria senão simplesmente fazer atuar a determinação legal, os penalistas do iluminismo reduziram ao máximo esse âmbito de liberdade, ao ponto das penas previstas pelos códigos penais da época serem fixas¹²⁰, não havendo qualquer margem de discricionariedade.¹²¹

Contudo, com o passar do tempo, viu-se que esse sistema também gerava injustiças, exatamente por impedir a adequada individualização da pena, ou seja, por não permitir que a pena fosse proporcional ao fato cometido e ajustada à pessoa do condenado.¹²²

¹¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. “O arbítrio judicial na dosimetria penal”. In.: *Revista dos Tribunais*. Ano 85, v. 723. Janeiro de 1996, p. 497-498.

¹²⁰ Como exemplo, cite-se mais uma vez o Código Penal Francês de 1791, que, conforme lembra SALEILLES, previa penas específicas para o delito, sem deixar qualquer margem ao julgador. (SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006. 65-66).

¹²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. “O arbítrio judicial na dosimetria penal”. In.: *Revista dos Tribunais*. Ano 85, v. 723. Janeiro de 1996, p. 498.

¹²² BITENCOURT, Cezar Roberto. “O arbítrio judicial na dosimetria penal”. In.: *Revista dos Tribunais*. Ano 85, v. 723. Janeiro de 1996, p. 498.

Por esta razão, as legislações modernas, a partir do início do séc. XIX¹²³, foram sendo paulatinamente alteradas para garantir certo espaço de discricionariedade judicial, criando um sistema de indeterminação relativa¹²⁴ que permitisse ao magistrado observar e valorar as características do fato concreto e seu autor, para assim determinar a pena mais “justa” possível ao condenado – sem, contudo, que se abrisse espaço para a arbitrariedade¹²⁵.

O Código Penal brasileiro de 1940, bem com as alterações realizadas pela Lei nº 7.209/84, é fruto deste pensamento e, como veremos a seguir, admite uma ampla discricionariedade ao juiz penal – embora sempre de maneira regrada.

2.2.1 O MECANISMO DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Conforme anota Gilberto FERREIRA¹²⁶, durante a vigência do Código Penal de 1940 houve uma grande discussão acerca de como deveria ser operada a aplicação da pena no Brasil. Por um lado, havia autores, capitaneados por Roberto LYRA, que defendiam um sistema bifásico de individualização: num primeiro momento, o juiz deveria considerar as circunstâncias judiciais (então descritas no art. 42, do Código Penal), bem como as agravantes e atenuantes genéricas (circunstâncias legais); em um segundo momento, deveria considerar as causas de aumento e diminuição previstas tanto na parte especial quanto na parte geral do Código. Por outro lado, a corrente comandada por Nelson HUNGRIA propunha um sistema trifásico de individualização: na primeira fase observar-se-iam as

¹²³ Vide *supra*, item 2.1.

¹²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. “O arbítrio judicial na dosimetria penal”. In.: *Revista dos Tribunais*. Ano 85, v. 723. Janeiro de 1996, p. 498.

¹²⁵ Sobre a distinção entre discricionariedade e arbitrariedade, “Com efeito, no campo do direito, discricionariedade não é o mesmo que arbitrariedade. Arbitrariedade é a qualidade da ação praticada por quem age caprichosamente ao arrepio das normas pertinentes instituídas. A arbitrariedade constitui, nesse sentido, a prática instituinte de uma nova normatividade, vinculada a seu potencial eficaz e às flutuações da vontade despótica de alguém. Já a discricionariedade é a margem de atuação livre a ser praticada dentro dos limites de uma norma. Discricionária é a ação peculiar em cujos detalhes a norma pertinente se resguarda de não adentrar, conferindo o poder de quando e como minudenciá-los a alguém tido como competente também em razão de uma norma. Assim, enquanto a arbitrariedade compõe uma ilegalidade, a discricionariedade só é possível graças a uma atribuição conferida pela própria legalidade.” (ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação Ética e Hermenêutica – alternativas para o direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002. p. 243).

¹²⁶ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 55-57.

circunstâncias judiciais; na segunda, as agravantes e atenuantes genéricas; e, por fim, dever-se-ia considerar as causas especiais de aumento e diminuição.¹²⁷

A discussão teve fim com a promulgação da Lei 7.209/84, que reformou a parte geral do Código Penal brasileiro e optou, claramente, pelo método trifásico defendido por HUNGRIA.^{128,129} É o que se extrai da atual redação do art. 68, do Código Penal, que assim dispõe: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”

Num primeiro momento, portanto, deve ser fixada a pena base, segundo os ditames do art. 59, *caput* e inciso II, do Código Penal¹³⁰, que prevê oito circunstâncias as quais devem servir de fundamento para o juiz, fazendo atuar sua discricionariedade, determinar o *quantum* inicial de pena a ser imputado. Neste momento, o magistrado está adstrito tão somente aos limites máximo e mínimo abstratamente previstos por cada tipo penal, que constituem o resultado da fase legislativa da individualização da pena, ao passo que a fixação da pena base é o primeiro passo do processo de individualização judicial¹³¹. A liberdade do julgador, neste ponto, é ampla, sendo-lhe permitido, em princípio, valorar as circunstâncias judiciais como bem lhe aprouver^{132,133} – sempre, é claro, vinculado aos limites máximo e mínimo da pena prevista.

¹²⁷ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 55-57.

¹²⁸ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 152.

¹²⁹ Gilberto FERREIRA, de certo modo, diverge desse entendimento, posto que considera não apenas três fases para a individualização, mas sim oito: na primeira, o magistrado elege a espécie de pena aplicável, quando a norma secundária do preceito incriminador prevê mais de uma, alternativamente (se privativa de liberdade, de multa ou restritiva de direitos); na segunda, o juiz determina o *quantum* inicial da pena (pena base); posteriormente, deve fazer incidir as agravantes e atenuantes genéricas; na quarta fase, verifica a presença de causas especiais de aumento e diminuição; na quinta, indica o regime de cumprimento de pena, de acordo com o art. 33, do Código Penal; em seguida, deve analisar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade (art. 44, Código Penal); após isso, concede, ou não, a suspensão condicional da pena; finalmente, na oitava, deve o magistrado fundamentar os efeitos acessórios à condenação, seguindo os ditames do art. 92, do Código Penal. (FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 59-60).

¹³⁰ “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...] II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; [...]”.

¹³¹ Sobre a distinção entre as fases legislativa e judicial da individualização da pena, vide *supra*, item 2.1, *in fine*.

¹³² Vide *infra*, item 2.2.2.

¹³³ Nesse sentido, defende Juarez Cirino dos SANTOS: “As circunstâncias judiciais do art. 59, CP, são objeto de arbítrio exclusivo do Juiz [...]”. (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005. p. 108). Em sentido contrário, contudo, Fábio Bittencourt da ROSA (ROSA, Fábio Bittencourt da. “A pena e sua

Em seguida, o juiz, atento ao disposto nos artigos 61, 62, 65 e 66, todos do Código Penal (agravantes e atenuantes genéricas), determina a chamada pena provisória¹³⁴. Neste momento, as agravantes e atenuantes incidem sobre a pena base anteriormente fixada, não podendo, porém, ultrapassar os limites máximo e mínimo previstos pelo tipo¹³⁵.

Vê-se como a discricionariedade do magistrado é um tanto quanto reduzida aqui, especialmente se comparada àquela que lhe é conferida na primeira etapa da individualização: enquanto lá lhe é permitido valorar as circunstâncias de acordo com sua convicção, utilizando a mesma circunstância ora para agravar a pena e ora para abrandá-la (a depender do caso concreto), aqui as circunstâncias legais já estão definidas como agravantes e atenuantes, e o juiz deve valorá-las obrigatoriamente enquanto tal.

Por fim, na terceira e última fase, o magistrado deve verificar a incidência das causas de aumento e diminuição previstas tanto na parte especial quanto na parte geral do Código Penal e, com base nelas, fixa a pena definitiva, que deverá ser cumprida pelo condenado.¹³⁶ Aqui, a fração de aumento ou diminuição já está fixada em lei, seja de forma rígida, seja variável; o fato é não que cabe ao magistrado estabelecê-la¹³⁷, como ocorre nas duas primeiras fases da individualização, o que evidencia o reduzidíssimo grau de liberdade do aplicador do Direito neste momento.

aplicação". In.: *Revista dos Tribunais*. Ano 80, v. 668. Junho de 1991, p. 245-249) acredita numa margem reduzida de discricionariedade, mesmo na primeira fase da determinação da pena.

¹³⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus Critérios de Aplicação*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 197.

¹³⁵ Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal." Importante salientar que, conquanto não haja súmula a impedir que a incidência de agravante leve à fixação da pena provisória acima do máximo previsto em lei, a jurisprudência do STJ é pacífica sobre o assunto: "[...] 1. A teor da Súmula 231 desta Corte, fixada a pena-base no mínimo legal, o reconhecimento de circunstância atenuante não tem o condão de reduzir a pena in concreto a patamar aquém daquele limite mínimo, sob pena de se permitir, a contrario sensu, que as agravantes possam elevar a pena acima do limite máximo. [...]" (AgRg no REsp 1087564/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 05.06.2012, DJe 18.06.2012) Neste mesmo sentido, veja-se os seguintes arestos, todos do STJ: HC 166.785/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 02.09.2010, REPDJe 09.05.2011, DJe 06.12.2010; HC 36.208/MS, Rel. Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23.08.2005, DJ 10.10.2005, p. 399; HC 30.688/PE, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quinta Turma, julgado em 01.04.2004, DJ 24.05.2004, p. 306. Também o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre o assunto, no seguinte julgado: HC 94365, Rel. Ministro Menezes Direito, Primeira Turma, julgado em 17.06.2008, DJe-162.

¹³⁶ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus Critérios de Aplicação*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 249 ss.

¹³⁷ Há algumas exceções, como é o caso da tentativa, prevista no art. 14, inciso II e parágrafo único, do Código Penal: "Art. 14 - Diz-se o crime: [...] II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a

O presente estudo, conforme já explicitado alhures, tem como foco a primeira etapa da aplicação da sanção, referente à fixação da pena base; ou seja, preocupa-se com a exegese do art. 59, do Código Penal. E, sendo este um momento no qual o julgador goza de ampla liberdade, não há como partir para o exame específico do referido dispositivo sem antes fazer uma breve incursão sobre as reais possibilidades e limites postos à discricionariedade judicial nesta fase.

2.2.2 O PAPEL DO JUIZ NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: O ESPAÇO DE DISCRICIONARIEDADE

Conforme já asseverado, a liberdade do julgador, na primeira fase da aplicação da pena, é ampla, podendo ele mover-se livremente dentro dos limites estabelecidos pelos marcos legais previstos por cada tipo penal¹³⁸.

Inobstante isso, conforme assevera Patrícia S. ZIFFER¹³⁹, é certo que, para além dos mínimos e máximos abstratamente cominados, outras barreiras devem ser impostas ao magistrado para impedir que sua discricionariedade transforme-se em arbitrariedade. Cezar Roberto BITENCOURT lembra que as próprias circunstâncias judiciais constituem “*critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizador da pena-base.*”¹⁴⁰

De fato, estas circunstâncias, aliadas aos limites de pena abstratamente cominados, constituem uma limitação óbvia à discricionariedade, que decorre diretamente do princípio da legalidade e diz respeito à divisão de tarefas e responsabilidades entre legislador e julgador na aplicação da pena¹⁴¹: “*Uma responsabilização total do juiz pelas tarefas de determinação da pena significaria*

dois terços.” Aqui, conforme a literalidade do texto legal, o juiz pode eleger o *quantum* de diminuição, desde que adequado às frações previstas pelo dispositivo.

¹³⁸ Segundo Patrícia S. ZIFFER, os marcos penais não tem apenas a função de limitar a discricionariedade judicial, mas também determinam o valor da norma para o sistema penal. (ZIFFER, Patrícia S. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996. p. 36-37).

¹³⁹ ZIFFER, Patrícia S. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

¹⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. “O arbítrio judicial na dosimetria penal”. In.: *Revista dos Tribunais*. Ano 85, v. 723. Janeiro de 1996, p. 499.

¹⁴¹ Sobre esta divisão de tarefas e responsabilidades, vide DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: parte geral II – as consequências jurídicas do crime*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 192-194.

*uma violação do princípio da legalidade da pena [...] ou, quando menos, do princípio da sua determinação [...].*¹⁴²

Entretanto, como bem lembra ZIFFER¹⁴³, é no dever de fundamentação das decisões judiciais que se encontra a principal barreira ao arbítrio do julgador.

Segundo ensina José Carlos Barbosa MOREIRA¹⁴⁴, foi apenas a partir do final do século XVIII que a exigência imposta aos juízes de motivar suas decisões começou a se tornar uma determinação legal, o que foi consagrado pela Revolução Francesa de 1789.

Atualmente, no que diz respeito ao Brasil, o dever de fundamentação é um princípio ao qual está submetida toda atuação do Poder Judiciário, e decorre do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal: *“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”*. Também o art. 381, inciso III, do Código de Processo Penal, prevê a necessidade de motivação das decisões: *“A sentença conterá: [...] III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;”*.

Sendo assim, parece evidente que a decisão sobre a determinação da pena também exige uma acurada motivação. Com efeito, não é o fato da individualização da pena exigir certo grau de indeterminação¹⁴⁵, que será posteriormente preenchido e concretizado a partir da discricionariedade judicial, que a exime de ser fundamentada. Muito pelo contrário:

[...] a motivação é tanto mais necessária quanto mais forte o teor de discricionariedade da decisão, já que apenas à vista dela se pode saber se o juiz usou bem ou mal a sua liberdade de escolha, e sobretudo se não terá ultrapassado os limites da discricção para cair no arbítrio.¹⁴⁶

¹⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: parte geral II – as consequências jurídicas do crime*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 193.

¹⁴³ ZIFFER, Patricia S. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996. p. 26-28; 30.

¹⁴⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A motivação da sentença como garantia inerente ao Estado de Direito”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Nº 19, set. 2007. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/8836/6146>>. Acesso em: 06 Nov. 2012. Neste sentido, também, CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 3ª ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 33.

¹⁴⁵ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 162.

¹⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A motivação da sentença como garantia inerente ao Estado de Direito”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Nº 19, set. 2007. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/8836/6146>>. Acesso em: 06 Nov. 2012. p. 286.

Esta é também a posição defendida por Patrícia S. ZIFFER, a qual, analisando mais de perto o tema da determinação da pena, afirma:

Reconhecer que a pena deve ser “individualizada”, e que é o juiz quem valora as particularidades do autor e de sua ação, não significa que ele é o senhor absoluto da decisão por ser o único capaz de conhecer as especificidades do caso que refletem na gravidade da sanção. Não é suficiente que expresse que em sua convicção íntima tenha ponderado as razões que justificam sua decisão, pois sobre ele recai o dever de explicitá-las. O princípio da individualização da pena não reflete um menor dever de fundamentação *jurídica*, mas deve conduzir a um maior.¹⁴⁷

A exigência de fundamentação, própria de um Estado Social e Democrático de Direito¹⁴⁸, alcança, portanto, a determinação da pena, pondo freios à discricionariedade judicial ao obrigar o julgador a evidenciar os motivos de seu veredito, possibilitando, assim, o controle das decisões judiciais¹⁴⁹. Segundo Figueiredo DIAS, “*Este dever jurídico-substantivo e processual de fundamentação visa justamente tornar possível o controle [...] da decisão sobre a determinação da pena*”¹⁵⁰.

Esta é também a posição da jurisprudência brasileira, sendo que inclusive o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a necessidade de se fundamentar a decisão sobre a determinação da medida da pena:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. NÃO-PREENCHIMENTO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA RECONHECIDA EM PRIMEIRO GRAU. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. **1. A necessidade de fundamentação dos pronunciamentos judiciais (inciso IX do art. 93 da Constituição Federal) tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes.**

¹⁴⁷ Tradução livre de: “Reconocer que la pena debe ser ‘individualizada’, y que es el juez quien valora las particularidades del autor y de su hecho, no significa que él es señor absoluto sobre la decisión por ser el único capaz de conocer lo específico del caso a reflejarse en la gravedad de la sanción. No es suficiente con que exprese que en su íntima convicción há ponderado las razones que justifican su decisión, pues sobre él recae el deber de explicitarlas. El principio de individualización de la pena no se refleja en un menor deber de fundamentación jurídica, sino que debe conducir a uno mayor.” (ZIFFER, Patrícia S. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996. p. 28).

¹⁴⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A motivação da sentença como garantia inerente ao Estado de Direito”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Nº 19, set. 2007. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/8836/6146>>. Acesso em: 06 Nov. 2012.

¹⁴⁹ Sobre o assunto, ainda, ver SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: RT, 1995. p. 174-177.

¹⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: parte geral II – as consequências jurídicas do crime*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

Garantia constitucional que submete o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido. 2. O Supremo Tribunal Federal condiciona a validade da pena ao motivado exame judicial das circunstâncias em que se perpetrou o delito (art. 59 do Código Penal). 3. As penas aplicadas ao paciente estão assentadas no exame das circunstâncias que moldam o quadro fático-probatório da causa e em nada afrontam as garantias da individualização da pena e da fundamentação das decisões judiciais (inciso XLVI do art. 5º e inciso IX do art. 93 da Carta Magna). 4. As instâncias de origem consignaram que o paciente não é portador de bons antecedentes. O que impede o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena, nos exatos termos do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. 5. A circunstância atenuante da confissão espontânea foi reconhecida pelo Juízo processante da causa, porém ignorada pelo Tribunal de Segundo Grau. 6. Ordem parcialmente concedida.¹⁵¹

Pois bem. Partindo desta premissa, a questão que se coloca é a seguinte: em que deve ser baseada esta fundamentação? Ou, ainda: como deve ser operada esta fundamentação?

A resposta a estas perguntas, parece evidente, passa pela análise das circunstâncias objetivas e subjetivas ligadas ao fato e seu autor, conforme determina o princípio de culpabilidade¹⁵². É dizer, para fundamentar a escolha do *quantum* a ser estabelecido na primeira fase da aplicação da pena, o juiz deve observar as circunstâncias judiciais, previstas pelo art. 59, *caput*, do Código Penal brasileiro.

Mas isto basta? O julgador cumpre com seu dever de fundamentação simplesmente discorrendo sobre e examinando uma a uma todas as circunstâncias judiciais?

A questão toca uma análise específica e mais aprofundada da interpretação a ser dada ao artigo 59, *caput*, do Código Penal, tema este que, ao contrário do que possa parecer, apresenta certo grau complexidade e, assim, exige tratamento em capítulo próprio.

¹⁵¹ Supremo Tribunal Federal, HC 108746, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 04.10.2011, processo eletrônico, DJe-115, divulgado em 13.06.2012, publicado em 14.06.2012 – Grifo nosso. Neste mesmo sentido, veja-se os seguintes arestos: Supremo Tribunal Federal, HC 101119, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 25.10.2011, acórdão eletrônico, DJe-084, divulgado em 30.04.2012, publicado em 02.05.2012; Supremo Tribunal Federal, HC 101118 Extn, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 22.06.2010, DJe-159, divulgado em 26.08.2010, publicado em 27.08.2010; Superior Tribunal de Justiça, HC 207.098/MT, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 16.10.2012, DJe 23.10.2012; Superior Tribunal de Justiça, HC 140.683/DF, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 05.11.2009, DJe 01.02.2010.

¹⁵² Vide *supra*, item 2.1.2.

3 A EXEGESE DO ART. 59, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Para enfrentar o problema posto, acerca da correta fundamentação da aplicação da pena base (ou seja, no limite, da interpretação que deve ser conferida ao art. 59, *caput*, do Código Penal), o presente capítulo será dividido em dois tópicos. Num primeiro momento, buscar-se-á oferecer a posição jurisprudencial a respeito do tema, mostrando como os tribunais têm visto a questão específica da fundamentação da pena base. Em seguida, procurar-se-á apresentar um novo olhar sobre o assunto, baseado nos fundamentos do sistema penal, notadamente aqueles que regem a determinação da pena.

3.1 A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO ART. 59, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL

A resposta oferecida pela majoritária jurisprudência brasileira à questão do conteúdo da fundamentação da decisão sobre a individualização da pena recomenda que o juiz examine todas as circunstâncias judiciais postas pelo art. 59, *caput*, do Código Penal, discorrendo sobre cada uma delas individualmente para, ao final, arbitrar o *quantum* da pena base, dentro dos limites postos pelo tipo penal. É dizer, uma vez analisadas todas as circunstâncias judiciais, estaria cumprido o requisito de fundamentação da decisão. Neste sentido é a posição do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS – ROUBO – EMPREGO DE ARMAS – CONCURSO DE AGENTES – PARTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS AO PACIENTE – PENA UM POUCO ACIMA DO MÍNIMO – DOSIMETRIA CORRETA – REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA EM OBEDIÊNCIA À ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – ORDEM DENEGADA.

[...]

2- Se todas as circunstâncias judiciais foram analisadas, não há que se falar em ausência de fundamentação para imposição da reprimenda-base.

[...] ¹⁵³

CRIMINAL. HC. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. SENTENÇA. APELAÇÃO. CONFIRMAÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. PRISÃO DO RÉU. MOTIVAÇÃO ADEQUADA. RECURSOS EXCEPCIONAIS SEM EFEITO SUSPENSIVO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA O QUANTUM APLICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

Não obstante o reconhecimento da existência de certa discricionariedade na dosimetria da pena, relativamente à exasperação da pena-base, é indispensável a sua fundamentação, com base em dados concretos e em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal – o que não se vislumbra no presente caso.

A fundamentação procedida mostra-se deficiente, pois o Julgador de 1º grau não logrou avaliar cada uma das oito circunstâncias judiciais elencadas no dispositivo legal acima referido, limitando-se a referir a maus antecedentes e ao fato de que o réu “foi o principal articulador de formidável quadrilha, armada com a intenção de permitir a prática de inúmeros crimes falimentares mediante condutas flagrantemente fraudulentas em detrimento dos credores, contando com a articulação de organizada sintonia dos demais agentes”.

Motivação que não é suficiente para majorar a pena-base até o máximo legalmente previsto, não atendendo, assim, à proporcionalidade, tampouco à razoabilidade.

Deve ser reformado o acórdão recorrido, bem como a sentença monocrática, no que se refere à dosimetria da pena imposta ao réu, tão-somente no tocante ao *quantum* da pena-base aplicada ao delito de formação de quadrilha [...] ¹⁵⁴

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também é pacífica nesse sentido:

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÁXIMO LEGAL. ARTIGO 69 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. INOBSERVÂNCIA. **Insuficiência de fundamentação na aplicação da pena. Ausência de análise de todas as circunstâncias judiciais do artigo 69 do Código Penal Militar.** Discricionariedade que encontra limites na individualização da pena, quanto à fundamentação das circunstâncias judiciais. Nulidade parcial da condenação. [...] ¹⁵⁵

¹⁵³ Superior Tribunal de Justiça, HC 92.063/MG, Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Quinta Turma, julgado em 28.11.2007, DJ 17.12.2007, p. 285 – Grifo nosso.

¹⁵⁴ Superior Tribunal de Justiça, HC 70964/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 17.05.2007, DJ 18.06.2007, p. 286 – Grifo nosso. Em sentido semelhante, Superior Tribunal de Justiça, HC 27.505/SP, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quinta Turma, julgado em 19.08.2003, DJ 01.12.2003, p. 378.

¹⁵⁵ Supremo Tribunal Federal, HC 88261, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 08.05.2007, DJe-047, divulgado em 28.06.2007, publicado em 29.06.2007, DJ 29.06.2007 – Grifo nosso –; ver, quanto a esta, o inteiro teor, folha 1124, primeiro parágrafo. Ainda que este aresto cuide não do art. 59, do Código Penal, mas sim do art. 69, do Código Penal Militar, deve-se ressaltar que, conquanto não sejam idênticos em sua redação, ambos apresentam certa similitude estruturo-funcional que admite a comparação realizada.

HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. ELEMENTOS DE CONVICÇÃO DO MAGISTRADO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. I - No caso, **o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao fixar a pena-base dos pacientes, observou fundamentadamente todas as circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do Código Penal, o que justifica o quantum acima do mínimo legal. [...]**¹⁵⁶

Vê-se, portanto, como a jurisprudência é pacífica em sugerir que, ao se examinar uma a uma as circunstâncias judiciais, estaria atendida a exigência (constitucional) de fundamentação das decisões judiciais.

Nada obstante, é certo também que os tribunais superiores são unânimes ao exigir que cada circunstância judicial avaliada deva guardar relação com algum dado concreto do crime, seja ele relativo ao autor, seja ao fato. Ou seja, não basta mencionar que uma ou outra circunstância é, abstratamente, desfavorável ao apenado; é necessário que se diga o que, a partir da análise dos elementos objetivos e subjetivos oferecidos pelo caso concreto, torna uma determinada circunstância favorável ou prejudicial ao condenado. Nesse sentido, veja-se os seguintes arestos:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PECULATO. FRAUDE A LICITAÇÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. REVISÃO CRIMINAL JULGADA PROCEDENTE. MODIFICAÇÃO DE REGIME. PERDA PARCIAL DE OBJETO DO WRIT. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. ANTECEDENTES. PACIENTE QUE RESPONDE A PROCESSO EM ANDAMENTO. NÃO CONFIGURAÇÃO. SÚMULA N.º 444/STJ. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. REFERÊNCIAS GENÉRICAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E NESSA PARTE CONCEDIDA.

[...]

VI. Apesar de terem sido desfavoravelmente sopesadas, a culpabilidade, as circunstâncias e as consequências do crime se encontram desvinculadas de fatores concretos que as conectem à hipótese dos autos, tendo sido indevidamente citadas de modo genérico.

VII. Deve ser reformado o acórdão recorrido, bem como a sentença condenatória, no tocante à dosimetria da pena imposta ao paciente, a fim de que outra seja proferida, nos termos do entendimento acima explicitado, mantendo-se a condenação. [...]

¹⁵⁶ Supremo Tribunal Federal, HC 104016, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 14.09.2010, DJe-185, divulgado em 30.09.2010, publicado em 01.10.2010 – Grifo nosso. Em sentido semelhante, Supremo Tribunal Federal, HC 93876, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 28.04.2009, DJe-208, divulgado em 05.11.2009, publicado em 06.11.2009.

¹⁵⁷ Superior Tribunal de Justiça, HC 150.706/PR, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 06.03.2012, DJe 14.03.2012 – Grifo nosso.

PENAL. HABEAS CORPUS. AMEAÇA. 1. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 1. ANTECEDENTES. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES DIVERSAS UTILIZADAS PARA AUMENTAR A PENA NAS DUAS CIRCUNSTÂNCIAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. 2. CULPABILIDADE. DE ALTA REPROVABILIDADE. CONDUTA DELITIVA QUE NÃO FOGE AO HABITUAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 3. PERSONALIDADE. ENCARA O TIPO "MACHÃO/MANDÃO". **MOTIVOS DO DELITO. PARA SATISFAZER O SEU "ALTER-EGO". AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 4. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. GRAVES. SEM CONCRETUDE.** 5. AGRAVANTE DO ARTIGO 61, II, "F", DO CÓDIGO PENAL. RITO DA LEI MARIA DA PENHA. ELEMENTAR DO TIPO DE AMEAÇA. INOCORRÊNCIA. AFASTAMENTO. INVIABILIDADE. 6. ACRÉSCIMO PELAS AGRAVANTES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. MINORAÇÃO. INCIDÊNCIA. 7. EXTINÇÃO DA REPRIMENDA PELO CUMPRIMENTO. DETRAÇÃO DA PENA. BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 8. ORDEM EM PARTE CONCEDIDA. [...]

3. As circunstâncias da personalidade e dos motivos não podem ser aferidas de modo desfavorável, notadamente porque, na espécie, não arrola o juiz elementos concretos dos autos, retirados do delito em apreço, utilizados pelo acusado na consecução do intuito delitivo, para dar supedâneo às suas considerações, não bastando afirmar na personalidade que o acusado "encara o tipo 'machão/mandão'" e que os motivos foram "para satisfazer seu 'alter-ego'".

4. Outrossim, não constitui fundamentação adequada considerar as consequências do delito como desfavoráveis apenas pela alegação de que são "graves", devendo, pois, expurgar o acréscimo decorrente do exame genérico feito pelo julgador. [...] ¹⁵⁸

Contudo, essa não parece ser a resposta mais adequada. Malgrado se deva reconhecer a necessidade de examinar todas as circunstâncias judiciais postas pelo art. 59, *caput*, do Código Penal, bem como de relacioná-las a dados concretos, relativos ao fato delitivo e seu autor, como imperativos derivados do dever de fundamentação, a compreensão deste deve ir além.

Isto porque uma simples leitura do art. 59, *caput*, do Código Penal, evidencia a necessidade de, ao longo da determinação da pena, fazer considerações acerca da reprovação e prevenção do crime: *"O juiz, [...] estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: [...] II – a*

¹⁵⁸ Superior Tribunal de Justiça, HC 159.619/RS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 04.10.2011, DJe 17.10.2011 – Grifo nosso. Também nesse sentido, veja-se os seguintes julgados: Superior Tribunal de Justiça, HC 142.370/RJ, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13.09.2011, DJe 10.10.2011; Superior Tribunal de Justiça, HC 55.251/MS, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 07.04.2011, DJe 04.05.2011; Superior Tribunal de Justiça, REsp 1266758/PE, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 06.12.2011, DJe 19.12.2011.

quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos,”. Conforme já asseverado, isso nada mais é do que uma necessidade imposta pelo princípio da individualização da pena, constituindo-se enquanto direito fundamental do sujeito em face do Estado.

Desta forma, mostra-se necessário um novo olhar sobre o artigo 59, *caput*, do Código Penal, de forma que realmente atenda à exigência de fundamentação das decisões judiciais, bem como aos princípios norteadores da determinação da pena.

3.2 A INTERPRETAÇÃO DO ART. 59, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL, À LUZ DOS FUNDAMENTOS DO SISTEMA PENAL

Após ser apresentada a solução jurisprudencial para o problema que o presente capítulo se propôs a enfrentar e constatada sua insuficiência, cumpre agora verificar como deve ser interpretado o artigo 59, *caput*, do Código Penal, tendo como base os fundamentos do sistema penal, especificamente no que toca à determinação da medida da pena base. Para tanto, o presente subcapítulo, inicialmente, cuidará dos fundamentos básicos da pena para, em seguida, verificar qual a sua implicação no dever de fundamentação das decisões judiciais.

3.2.1 OS FUNDAMENTOS DA PENA EM GERAL: AS TEORIAS ABSOLUTA, RELATIVA E MISTA

Segundo ensina Aníbal BRUNO¹⁵⁹, são basicamente três as teorias que buscam fundamentar a pena: a teoria absoluta, a teoria relativa e a teoria mista.

A primeira delas, a absoluta, defende que a pena seria um fim em si mesmo, e implicaria a retribuição justa do mal causado pelo crime cometido: “[...] *não serve a qualquer outro propósito que não seja o de recompensar o mal com um mal [...]*”¹⁶⁰.

¹⁵⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral, tomo III: Pena e medida de segurança*. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense, 1967. p. 32.

¹⁶⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: RT, 1995. p. 99.

As eventuais consequências práticas atingidas com a sanção são efeitos secundários, incapazes de alterar a finalidade precípua da pena: alcançar o ideal de justiça.¹⁶¹ Immanuel KANT, um dos mais conhecidos representantes desta corrente, sustentava que ainda que uma sociedade viesse a se dissolver por inteiro, o último assassino deveria ser executado, posto que cada um deve sofrer a retribuição do mal que causou.¹⁶²

A teoria absoluta foi uma das bandeiras da chamada Escola Clássica do Direito penal, inteiramente assentada nos ideais de livre-arbítrio e culpabilidade individual, de modo que estes conceitos formam a sua base.¹⁶³ Conforme ensina SIERRA LÓPEZ, “Necessariamente, o fundamento da pena retributiva se centrará na culpabilidade entendida no sentido clássico, isto é, reprovação pessoal que se faz ao sujeito por não haver atuado de outro modo podendo havê-lo feito.”¹⁶⁴

Por outro lado, no extremo oposto encontram-se as teorias relativas da pena, as quais acreditam na função preventiva da sanção; ou seja, sustentam que sua finalidade e, portanto, seu fundamento, encontra-se na prevenção de novos delitos.¹⁶⁵ Aqui, o fundamento da pena é exterior a ela, e diz respeito a um resultado prático; só é legítima a aplicação de uma pena na medida em que se apresente útil à sociedade.¹⁶⁶ Neste sentido, e em franca oposição à tese defendida por KANT, Giandomenico ROMAGNOSI dizia que “se depois do primeiro crime se tivesse a certeza moral de que não viria a ocorrer nenhum outro, a sociedade não teria o direito de puni-lo”¹⁶⁷, já que nenhuma vantagem haveria nisso.

¹⁶¹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral, tomo III: Pena e medida de segurança*. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense, 1967. p. 33.

¹⁶² *Apud* MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 97-98.

¹⁶³ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 176. Claus ROXIN, por outro lado, em seu “Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad” (in.: ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 41-56), busca distanciar o conceito de culpabilidade da ideia de retribuição, defendendo o abandono da culpabilidade como fundamento da pena e sua manutenção apenas enquanto princípio limitador da reprimenda.

¹⁶⁴ *Apud* BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 176.

¹⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 132.

¹⁶⁶ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 186.

¹⁶⁷ *Apud* BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral, tomo III: Pena e medida de segurança*. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense, 1967. p. 34.

As teorias relativas subdividem-se em duas, conforme lembra Cláudio BRANDÃO¹⁶⁸: a teoria preventiva especial e a preventiva geral. Em suma, esta teria por objetivo evitar a prática de novos crimes a partir da intimidação da sociedade (I) e do reforço da norma violada (II); por outro lado, o escopo daquela seria prevenir os delitos a partir da segregação imediata do delinquente (I), sua ressocialização (II) e, também, pela intimidação – desta vez sobre o próprio apenado (III).¹⁶⁹ Em outras palavras, enquanto a prevenção geral visa a sociedade como um todo, buscando atuar na totalidade dos indivíduos, a prevenção especial tem como foco o próprio indivíduo autor do delito.

Ainda, os autores costumam distinguir a chamada prevenção geral positiva da prevenção geral negativa. Esta seria justamente aquela em que o objetivo da pena seria o de “*provocar [...] uma sensação de desagrado na psique coletiva que impeça a comissão de delitos.*”¹⁷⁰ Aquela, por sua vez, sugere que a sanção leva a uma reafirmação das normas ou valores protegidos pelo ordenamento jurídico.¹⁷¹

Já as teorias mistas (ou unitárias, conforme prefere JESCHECK¹⁷²), de certo modo, conjugam as duas visões anteriores, defendendo tanto o caráter preventivo quanto o repressivo da pena. Nas palavras de Cláudio BRANDÃO, “*As teorias mistas ou teorias da união congregam os dois aspectos, isto é: combinam a retribuição da culpabilidade com a função reabilitadora da pena [...]*”¹⁷³. Nesta medida, ao mesmo tempo em que reprovam a culpabilidade do autor, buscam também prevenir a prática de novos delitos; vale dizer, a ideia de justiça e de utilidade, juntas, fundamentam a sanção penal.¹⁷⁴

¹⁶⁸ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 319.

¹⁶⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral, tomo III: Pena e medida de segurança*. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense, 1967. p. 45-50.

¹⁷⁰ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 206. p. 186.

¹⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 152-159. Segundo o autor, esta seria a “prevenção geral positiva fundamentadora”, ao lado da qual estaria a “prevenção geral positiva limitadora”, cujos defensores sustentam que o objetivo da reprimenda é o auxílio que se dá ao infrator, auxílio este, contudo, que estaria limitado pela proporcionalidade e, também, por considerações relativas à vítima do delito.

¹⁷² JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. 4ª ed. corr. e ampl. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares editorial, 1993. p. 66.

¹⁷³ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 319.

¹⁷⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral, tomo III: Pena e medida de segurança*. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense, 1967. p. 35.

Em apertada síntese¹⁷⁵, estas foram as principais teorias que buscaram explicar os fundamentos da pena ao longo da história do Direito penal.

Nada obstante, conforme lembram Paulo César BUSATO e Sandro Montes HUAPAYA:

Na verdade, as distintas teorias sempre trataram de efeitos que a pena produz, independentemente de que sejam estes os seus propósitos. O fundamento da pena deve residir em um propósito e não em um efeito, em uma missão e não em uma função.¹⁷⁶

Pouco mais a frente concluem os autores:

[...] em resumo, conclui-se que o fundamento das consequências jurídicas do delito é o controle social do intolerável; que todas as ideias relacionadas com retribuição ou prevenção estão situadas tão-só nas impressões que este controle produz; [...] ¹⁷⁷

De qualquer forma, apesar dessas divergências, Aníbal BRUNO sugeria que:

Para o jurista propriamente dito, o que é a pena e quais as suas características é questão que se resolve precisamente nos termos do Direito positivo. [...] O que o legislador julgue dever ser a pena, os seus fundamentos e objetivos irá determinar a linha inteira de orientação do sistema penal. Por isso, hoje, voltam essas conclusões a impor-se aos penalistas, dando-lhes a razão final porque divergem as correntes em que se divide o pensamento jurídico-penal.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Fugiria ao escopo do presente estudo a análise mais apurada destas teorias. De qualquer modo, um estudo interessante e mais completo sobre o tema pode ser encontrado especialmente em dois dos livros já citados neste ponto, quais sejam: BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 173-209; e MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

¹⁷⁶ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 206.

¹⁷⁷ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 209.

¹⁷⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral, tomo III: Pena e medida de segurança*. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense, 1967. p. 30-31. Note-se que, com isso, o autor não pretende dizer que a resposta oferecida pelo texto legal é a correta, ou mesmo que deva ser definitiva; para não correr o risco de subverter seu pensamento, apresenta-se aqui a parte suprimida – por razões estritamente pragmáticas – do trecho citado no corpo do trabalho: “[...] Não pede o jurista justificação para o Direito. Toma o sistema jurídico e as suas implicações como uma realidade que existe e exerce a sua função normativa prescindindo de qualquer indagação de legitimidade. A Filosofia é que opõe a essa posição empírica uma exigência de justificação racional, que acompanha toda construção jurídica, do mesmo modo que outras instituições sociais, e faz traspor as conclusões da sua atividade especulativa ao domínio do Direito. E não se pode negar importância a essas conclusões na construção do Direito Penal e dos seus diversos institutos. [...]”.

A partir disso, e tendo em vista que o artigo 59, *caput*, do Código Penal brasileiro, conforme já exposto, coloca expressamente que a pena deve ser aquela necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime, parece evidente a eleição, por parte do legislador brasileiro, da teoria mista da pena. E conforme sugere Aníbal BRUNO no trecho acima citado, nada mais correto do que ter isso por pressuposto e basear toda a interpretação acerca da aplicação da pena e sua fundamentação nesta ideia de prevenção e reprovação do crime.

Ainda que se aceite, como sugerem Paulo César BUSATO e Sandro Montes HUAPAYA, que isto não passe de efeitos da pena, e não propriamente de seus fundamentos, é certo que devem ser considerados quando da determinação da medida da pena, seja pelas razões já expostas no item 2.1.2 do presente trabalho, seja, principalmente, pela expressa previsão no art. 59, *caput*, do Código Penal.

Não se pode olvidar, contudo, que o princípio de culpabilidade constitui elemento central do sistema penal contemporâneo, e cumpre também importante papel na determinação da medida da pena¹⁷⁹, não podendo ser excluído em nome dos fins a que a pena visa alcançar.

Até mesmo porque, conforme salientado há pouco, o Código Penal brasileiro elegeu a teoria mista da pena, que adota tanto os pressupostos da teoria absoluta, fundada na ideia de culpabilidade individual, quanto os da teoria relativa, centrados na utilidade da sanção. E se é assim, nada mais correto do que, quando da aplicação da pena, fazer considerações que envolvam tanto a ideia de retribuição de culpabilidade quanto de prevenção de novos delitos.

Esta também parece ser a posição adotada pelos Códigos Penais alemão (§46, 1) e português (art. 72º-1), quando dispõem, respectivamente: “§46 *Princípios da mensuração da pena: (1) A culpa do autor é a base para a medida da pena. Os efeitos que se deve esperar da pena sobre a vida futura do autor em sociedade devem ser considerados.*”¹⁸⁰; e “Art. 71º *Determinação da medida da pena: 1 - A*

¹⁷⁹ Vide *supra*, item 2.1.1.

¹⁸⁰ Tradução livre de: “§46 *Grundsätze der Strafzumessung: (1) Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen.*” (ALEMANHA. Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 25. Juni 2012 (BGBl. I S. 1374) geändert worden ist. Disponível em: <www.gesetze-im-internet.de/stgb/>. Acesso em 25.11.2012).

determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.”¹⁸¹

Neste diapasão, Figueiredo DIAS, analisando a aplicação da pena no Direito português, afirma:

A exigência legal de que a medida da pena seja encontrada pelo juiz em função da culpa e da prevenção é absolutamente compreensível e justificável. Através do requisito de que sejam levadas em conta as exigências da **prevenção**, dá-se lugar à necessidade *comunitária* da punição do caso concreto e, conseqüentemente, à realização, *in casu* das finalidades da pena. Através do requisito de que seja tomada em consideração a **culpa** do agente, dá-se tradução à exigência de que a vertente *pessoal* do crime – ligada ao mandamento incondicional de respeito pela eminente dignidade da pessoa do agente – *limite* de forma inultrapassável as exigências de prevenção.¹⁸²

O ponto central da individualização da pena, portanto, toca a relação dialética que deve ser estabelecida entre culpabilidade e prevenção, de modo que a partir de agora far-se-á uma breve análise acerca do papel desempenhado por cada um desses dois fatores (retribuição de culpabilidade e prevenção) na decisão sobre a aplicação da pena e sua fundamentação.

3.2.2 CULPABILIDADE, PREVENÇÃO E A FUNDAMENTAÇÃO DA MEDIDA DA PENA

A partir do que foi exposto logo acima, tem-se por certo que, no momento de determinação da medida da pena, tanto a reprovação do crime quanto sua prevenção devem ser levadas em consideração. Assentada esta ideia, duas questões essenciais se apresentam: a primeira diz respeito ao papel que deve ser desempenhado por cada um desses dois fatores na aplicação da pena; a segunda se refere a como deve ser exercido esse papel, é dizer, como o aplicador do Direito deve fazer uso deles para determinar a pena base.

¹⁸¹ PORTUGAL. Lei nº 59/2007, de 04 de setembro de 2007. Diário da República nº 170, série I, p. 6181-6258. Disponível em: <http://www.nao-estas-a-venda.sef.pt/docs/codigo_penal.pdf>. Acesso em 25.11.2012.

¹⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: parte geral II – as consequências jurídicas do crime*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 215 – Grifos no original.

Na Alemanha desenvolveram-se três teorias para cuidar do primeiro problema: a teoria do âmbito de jogo (*Spielraumtheorie*) (I); a teoria da pena exata (*Punktstrafetheorie*) (II); e a teoria do valor de posição (*Stellenwerttheorie*) (III).¹⁸³

A primeira delas (teoria do âmbito de jogo) foi desenvolvida pela jurisprudência alemã, e é aquela que possui mais adeptos atualmente.¹⁸⁴ Segundo seus defensores, a medida da pena seria determinada, essencialmente (embora não exclusivamente), pela medida da culpabilidade. A análise desta levaria a um limite mínimo (*já* adequado à culpa) e outro máximo (*ainda* adequado à culpa) da pena *in concreto*; é dizer, para além do marco legal abstrato, a culpabilidade ofereceria outro limite, um tanto quanto mais estreito, dentro do qual o juiz, a partir de considerações preventivas, atribui a pena adequada ao caso concreto.¹⁸⁵

Por sua vez, a teoria da pena exata sustenta que o *quantum* de pena deve ser indicado, exclusivamente, pela medida da culpabilidade. E mais: esta medida seria uma medida única, exata, não admitindo qualquer espaço de liberdade. Neste caso, a prevenção atua apenas dentro do conceito de culpa, contribuindo para sua determinação.¹⁸⁶

Finalmente, para a teoria do valor de posição, culpabilidade e prevenção devem, ambas, nortear a aplicação da pena. Contudo, a exemplo da teoria da pena exata, o *quantum* da reprimenda seria fornecido exclusivamente pela valoração da culpabilidade; a prevenção atuaria em outros momentos da individualização, quais sejam, aquele onde se elege a espécie de sanção a ser aplicada (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa, no caso brasileiro¹⁸⁷) e o da execução penal.¹⁸⁸

Note-se, contudo, conforme leciona Patrícia S. ZIFFER, que todas essas teorias

¹⁸³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: parte geral II – as consequências jurídicas do crime*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 221-227. Ainda, ZIFFER, Patrícia S. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996. p. 45-53.

¹⁸⁴ ZIFFER, Patrícia S. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996. p. 49.

¹⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: parte geral II – as consequências jurídicas do crime*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 224.

¹⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: parte geral II – as consequências jurídicas do crime*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 224.

¹⁸⁷ Essas são as espécies de pena previstas pelo Código Penal brasileiro, no seu art. 32: “Art. 32 - As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa.”

¹⁸⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: parte geral II – as consequências jurídicas do crime*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 221-222; e ZIFFER, Patrícia S. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996. p. 51-53.

[...] partem da necessidade de determinar a pena partindo da ponderação da culpabilidade como fundamento da pena (como impõe o §46 do StGB) e se diferenciam quanto ao modo e amplitude que este “primeiro resultado” pode modificar-se por razões de prevenção especial e geral (positiva e negativa).¹⁸⁹

Vale dizer, no limite, acabam por sustentar que culpa e prevenção atuam separadamente no processo de fixação da pena, quando em verdade deveriam atuar em conjunto. Isto porque, conforme visto acima, reprovação e prevenção constituem, na realidade, “*impressões provocadas como efeito da atuação no sentido de preservação do controle social.*”¹⁹⁰ É dizer, são os efeitos que devem ser levados em conta quando da aplicação da pena, para se alcançar o fim de controle social; ou, ainda: quando da aplicação de uma pena, almejando um determinado fim, sabe-se que dela decorrerá, necessariamente (pelo menos de acordo com o Código Penal brasileiro, que como visto está em consonância com o alemão e o português), a reprovação do delito e os efeitos de prevenção, tanto geral quanto especial. Desta forma, a pena a ser aplicada deve ser aquela que, equilibradamente, gere esses dois tipos de efeitos, sem que um se sobreponha ao outro.

É isto afinal, que demanda a teoria mista dos fins da pena, conforme ensina Hans-Heinrich JESCHECK:

As teorias unitárias procuram conciliar as teorias absolutas e relativas, não, naturalmente, apenas somando suas ideias básicas contraditórias, senão mediante a reflexão prática de que a pena, na realidade de sua aplicação, pode desenvolver a totalidade de suas funções frente à pessoa afetada e seu mundo circundante, de maneira que o importa é conseguir uma relação equilibrada entre todos os fins da pena (método dialético).¹⁹¹

Nesta medida, culpabilidade e prevenção (geral e especial) atuariam simultaneamente, como limites recíprocos, envolvendo-se numa relação de

¹⁸⁹ ZIFFER, Patricia S. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996. p. 48.

¹⁹⁰ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 208.

¹⁹¹ Tradução livre de: “*Las teorías unitarias intentan mediar entre las teorías absolutas y relativas, no, naturalmente, sumando sin más sus contradictorias ideas básicas, sino mediante la reflexión práctica de que la pena, en la realidad de su aplicación, puede desarrollar la totalidad de sus funciones frente a la persona afectada y su mundo circundante, de manera que lo que importa es conseguir una relación equilibrada entre todos los fines de la pena (método dialéctico).*” (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. 4ª ed. corr. e ampl. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares editorial, 1993. p. 66).

interferência e adequação mútua, em busca de um sentido¹⁹²: a aplicação de uma pena “justa”, entendida como aquela “necessária e suficiente *para a prevenção e reprovação do delito*”¹⁹³; ou seja, nem tão preocupada com a reprovação absoluta do delito (o que levaria, no extremo, a uma espécie de Talião), nem com a simples prevenção de novos crimes (o que levaria, no limite, à instrumentalização do sujeito em busca de um fim¹⁹⁴), mas sim com ambas, conforme ordena o art. 59, *caput*, do Código Penal brasileiro.

Não parece correto, portanto, atribuir uma espécie de “sequência” de atuação da prevenção e da culpa, no processo de individualização da pena, como fazem as teorias acima apontadas. Ambas operam concomitantemente, não sendo possível distinguir lógica e racionalmente (quicá sequer didaticamente) um papel determinado para cada qual, que não aquele de limite recíproco.

Pois bem. Uma vez assentados os papeis da culpa e da prevenção na aplicação da pena surge, quase que naturalmente, a questão sobre como fundamentar a decisão sobre a aplicação pena; é dizer, como concretizar as considerações repressivas e preventivas, demonstrando que a pena produzirá ambos os efeitos da maneira mais adequada possível tanto para a sociedade quanto para o apenado.

Ao que tudo indica, a solução para o problema deve passar pelas circunstâncias judiciais previstas no próprio art. 59, *caput*, do Código Penal brasileiro. Isto porque, conforme leciona Figueiredo DIAS:

Estabelecidas a forma como se relacionam a culpa e a prevenção no processo de determinação concreta da pena e qual a exacta função que uma e outra cumprem naquele processo [...] bem pode dizer-se que ficou, de um ponto de vista teórico-dogmático, esclarecido, por um lado o mais difícil, por outro lado o essencial. Com igual razão se pode afirmar, porém, que, com isto, a tarefa dogmático-prática da aplicação só agora verdadeiramente começa. Importa, ainda, com efeito, eleger a totalidade das *circunstâncias do complexo integral do facto* que relevam para a culpa e a prevenção.¹⁹⁵

¹⁹² WEBER, Max. *Conceitos Básicos de Sociologia*. Trad. Rubens Eduardo Ferreira Frias e Gerard Georges Delaunay. São Paulo: Editora Moraes, 1987. p. 9-21.

¹⁹³ Art. 59, *caput*, do Código Penal brasileiro, *in fine* – Grifo nosso.

¹⁹⁴ BRUNONI, Nivaldo. *Princípio de Culpabilidade: considerações. Fundamento, Teoria e Consequências*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 323-324. O autor chega a sustentar que a prevenção geral não pode participar da dosimetria da pena, sendo que esta deveria ser realizada exclusivamente com base na culpabilidade.

¹⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: parte geral II – as consequências jurídicas do crime*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 232.

A partir daí tem-se que as circunstâncias concretas do fato é que serão responsáveis pela valoração acerca da necessidade e suficiência da prevenção e reprovação do delito. E tendo em vista o fato de que as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, *caput*, do Código Penal, não são senão expressões legislativas dessas circunstâncias concretas, é correto dizer que são elas as responsáveis pela determinação da pena justa (necessária e suficiente).

Mais uma vez os ensinamentos de JESCHECK mostram-se bastante convenientes:

Após a determinação dos fins da pena, é necessário constatar os elementos fáticos da individualização penal [...]. Se trata aqui daquelas circunstâncias do fato que no caso concreto oferecem interesse, no que toca aos fins da pena, para a classe e quantia desta [...].¹⁹⁶

E continua o autor:

As considerações sobre a individualização da pena encerram este processo individualizador. Aquelas se referem à questão de como devem ser valorados os elementos fáticos da individualização atendendo aos fins da pena e como hão de transformar-se em magnitudes penais. Aqui é função do juiz estabelecer “a razoável, consequente e suficiente conexão intelectual” entre os elementos fáticos da individualização penal e dos fins da pena. Nesta tarefa, a correção ou incorreção das considerações sobre a individualização dependem da estimativa da relação de tais fins entre si e da valoração dos fatores determinantes dentro da referida relação [...].¹⁹⁷

Retorna-se aqui, portanto, ao problema da discricionariedade judicial no momento da individualização da pena, mas agora, ao menos aparentemente, com elementos suficientes para dar uma resposta adequada à questão sobre de que

¹⁹⁶ Tradução livre de: “*Después de la determinación de los fines de la pena, procede constatar los elementos fácticos de la individualización penal [...]. Se trata aquí de aquellas circunstancias del hecho que en el caso concreto ofrecen interés, en cuanto a los fines de la pena, para la clase y cuantía de esta [...]*”. (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. 4ª ed. corr. e ampl. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares editorial, 1993. p. 792).

¹⁹⁷ Tradução livre de: “*Las consideraciones sobre la individualización penal cierran ese proceso individualizador. Se refieren aquellas a la cuestión de como hayan de valorarse los elementos fácticos de la individualización atendiendo a los fines de la pena y cómo hayan de transformarse en magnitudes penales. Aquí es función del juez establecer ‘la razonable, consecuente y suficiente conexión intelectual’ entre los elementos fácticos de la individualización penal y los fines de la pena. En esta labor, la corrección o incorrección de las consideraciones sobre la individualización dependen de la estimación de la relación de tales fines entre sí y de la valoración de los factores determinantes dentro de dicha relación [...]*”. (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. 4ª ed. corr. e ampl. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares editorial, 1993. p. 792-793).

maneira o dever de fundamentação das decisões judiciais efetivamente limita a discricionariedade do magistrado na específica decisão sobre a medida da pena.

Se é certo que a pena deve ser determinada com base em considerações retributivas e preventivas, e que estas devem ser valoradas a partir das circunstâncias concretas que circundam o fato, parece evidente que é aí que se encontra o limite do dever de fundamentação judicial. É dizer, o juiz, ao fundamentar a decisão sobre a medida da pena, deve indicar quais as circunstâncias que, no caso concreto, relevam para a prevenção e para a reprovação, explicitando o porquê e em que sentido deve ocorrer a valoração.

Nada obstante, conforme lembra JESCHECK, no trecho acima citado, a conversão desta valoração em quantidades numéricas (“magnitudes penais”) não é alcançada pelo dever de motivação, integrando o âmbito por excelência da discricionariedade judicial dentro da individualização da pena.

A partir disso, conclui-se que, realmente, não basta ao juiz simplesmente discorrer sobre as circunstâncias judiciais, atribuindo um valor específico de aumento a cada uma delas; deve, isto sim, analisar em que medida essas circunstâncias interferem na consecução das finalidades preventivas e repressivas da pena¹⁹⁸, explicitar essas preocupações e, a partir daí, agora sim, atribuir, de acordo com sua discricionariedade, sem necessidade de fundamentação, um *quantum* (numérico) de pena que, nos termos da teoria mista adotada pelo Código Penal brasileiro, seja “*necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.*”¹⁹⁹

¹⁹⁸ Cabe até mesmo ressaltar que, a princípio, não é necessário analisar todas as circunstâncias judiciais previstas; deve-se, isto sim, averiguar quais delas cumprem papel relevante para a consecução dos fins da pena no caso concreto, sendo que apenas uma poderia, inclusive, levar a fixação da pena ao máximo ou mínimo abstratamente previsto, a depender de sua concreta relevância. Contudo, esta é uma questão que, devido à sua complexidade e, tanto mais, à inevitável polêmica que gera, merece um estudo específico.

¹⁹⁹ Art. 59, *caput*, do Código Penal brasileiro, *in fine*.

4 CONCLUSÃO

Conforme salientado alhures, o objetivo do presente trabalho era descobrir a melhor forma de se interpretar o art. 59, do Código Penal brasileiro, de modo a observar os fundamentos do sistema penal.

Para tanto, o estudo foi dividido em dois capítulos principais. No primeiro apresentou-se a relação existente entre a pena base e a individualização da pena. Partiu-se de uma breve exposição acerca da evolução histórica do conceito da individualização da pena, chegando até os dias atuais, em que ele foi consagrado enquanto princípio constitucional e divide-se em três etapas: a legislativa, a judicial e a executiva.

Como a preocupação do estudo refere-se apenas à determinação concreta da medida da pena, o foco permaneceu na individualização judicial, de forma que o passo seguinte foi analisar a relação desta com a culpabilidade. Verificou-se que a individualização, no limite, decorre do princípio de culpabilidade, bem como que este apresenta três acepções: o conceito dogmático de culpabilidade, o princípio de culpabilidade e a culpabilidade para efeitos da medida da pena, que seria uma conjugação dos outros dois significados. Constatou-se, outrossim, que a culpabilidade, condensada na ideia de individualização da pena, exige também a consideração de elementos subjetivos no momento da aplicação da reprimenda, devido aos fins que se visa alcançar com a sanção – sem que isto configure um Direito penal de autor.

Em seguida, após concluir no que consiste a individualização da pena e como ela deve ser realizada, passou-se a perquirir acerca do papel do julgador na aplicação da pena. Analisou-se o processo de individualização da pena tal como é posto pelo Código Penal brasileiro, o que demonstrou que é na pena base que o juiz encontra o maior espaço para fazer atuar sua discricionariedade. Em vista disso, o passo seguinte foi analisar a amplitude desta discricionariedade, investigando quais os limites que a ela podem ser impostos: notadamente, a exigência de fundamentação das decisões judiciais.

A conclusão a que se chegou neste primeiro capítulo foi a de que a decisão sobre a determinação da medida da pena exige uma acurada motivação, que passa

pelas circunstâncias objetivas e subjetivas do fato concreto e seu autor, postas pelo art. 59, *caput*, do Código Penal brasileiro.

Contudo, partindo desta constatação surgiu uma importante questão, relativa à suficiência da fundamentação que se limita a observar referidas circunstâncias no momento da aplicação da pena, questão esta que o segundo capítulo do trabalho se propôs a resolver.

O segundo capítulo, portanto, cuidou especificamente da correta interpretação do art. 59, *caput*, do Código Penal brasileiro. Na primeira parte mostrou-se a resposta oferecida pela jurisprudência brasileira à questão sobre a fundamentação da aplicação da pena base: basta, segundo a posição dos tribunais superiores, discorrer sobre cada uma das circunstâncias judiciais para que o dever de fundamentação das decisões judiciais esteja cumprido.

Nada obstante, devido à literalidade do texto do art. 59, *caput*, do Código Penal brasileiro, surgiu a dúvida sobre se esta posição realmente seria a adequada, frente ao que demandam os fundamentos do sistema penal.

Partiu-se, pois, à análise destes fundamentos, que a doutrina costuma denominar de “teorias da pena”. Estas, conforme demonstrado, se dividem em três: as teorias absoluta, relativa e mista. Demonstrou-se que o Código Penal brasileiro, no seu art. 59, *caput*, optou pela teoria mista, que exige, para a fixação da pena, tanto considerações de ordem repressiva quanto preventiva. A relação entre esses dois conceitos, destarte, apresentou-se como sendo a chave para a individualização da pena, de forma que constituiu o objeto do tópico seguinte.

Neste último ponto verificou-se como a teoria mista, adotada pelo Código Penal brasileiro, exige que culpabilidade e prevenção atuem conjuntamente na determinação da medida da pena, como limites recíprocos, buscando uma adequação de sentido que culmina com a fixação de uma pena justa. Ou seja, o art. 59, *caput*, do Código Penal brasileiro, exige que o juiz, quando da aplicação da pena, leve em consideração tanto os efeitos preventivos quanto repressivos que a pena irá causar, explicitando e fundamentando essas preocupações, de forma que não basta uma simples menção a cada uma das circunstâncias judiciais. O único ponto que o juiz pode se eximir de fundamentar é a tradução dessas preocupações em um *quantum* numérico, consistente na quantidade exata de pena a ser aplicada: é apenas neste momento da fixação da pena base que o dever de fundamentação das decisões judiciais pode ser deixado de lado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. “Aplicação da Pena”. In.: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 8, nº 32. Outubro-dezembro de 2000, p. 187-212.

ALEMANHA. Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 25. Juni 2012 (BGBl. I S. 1374) geändert worden ist. Disponível em: <www.gesetze-im-internet.de/stgb/>. Acesso em 25.11.2012.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação Ética e Hermenêutica – alternativas para o direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002.

BINDING, Karl. “El doble concepto jurídico de culpabilidad”. In.: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.); ABOSO, Gustavo Eduardo (Coord.). *Maestros del Derecho Penal*. v. 30. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. “O arbítrio judicial na dosimetria penal”. In.: *Revista dos Tribunais*. Ano 85, v. 723. Janeiro de 1996, p. 499.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus Critérios de Aplicação*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRANDÃO, Cláudio. “Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro”. In.: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Ano 15, nº 02. Abril/junho de 2005.

_____. *Curso de direito penal: parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral, tomo III: Pena e medida de segurança*. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense, 1967.

BRUNONI, Nivaldo. *Princípio de Culpabilidade: considerações. Fundamento, Teoria e Consequências*. Curitiba: Juruá, 2008.

BUSATO, Paulo César. “Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal”. In.: *Revista Liberdades*, n. 8. Setembro-dezembro de 2011, p. 45-87.

_____; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CALÓN, Eugenio Cuello. *Derecho Penal: tomo I – parte general*. 6ª ed. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1943.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 3ª ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal – Tomo II*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral – tomo I – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Direito Penal Português: parte geral II – as consequências jurídicas do crime*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. *Liberdade, culpa, direito penal*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 23ª ed. Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2010.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. “La Fundación de la Teoría Normativa de la Culpabilidad”. In.: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.); ABOSO, Gustavo Eduardo (Coord.). *Maestros del Derecho Penal*. v. 1. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2004.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU editora, 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 15ª ed., rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANK, Reinhard. "Sobre la estructura del concepto de culpabilidad". In.: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.); ABOSO, Gustavo Eduardo (Coord.). *Maestros del Derecho Penal*. v. 1. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2004.

FREUDENTHAL, Bertold. "Culpabilidad y reproche en el derecho penal". In.: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.); ABOSO, Gustavo Eduardo (Coord.). *Maestros del Derecho Penal*. v. 11. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. "La concepción normativa de la culpabilidad". In.: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.); ABOSO, Gustavo Eduardo (Coord.). *Maestros del Derecho Penal*. v. 7. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2007.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena em Alemania*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. 4ª ed. corr. e ampl. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares editorial, 1993.

KINDHÄUSER, Urs. "La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad". In.: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho*. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2011.

LEIRIA, Antônio José Fabrício. *Fundamentos da Responsabilidade Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Monografia Jurídica*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A motivação da sentença como garantia inerente ao Estado de Direito”. In.: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Nº 19, set. 2007. Disponível

em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/8836/6146>>. Acesso em: 05 Nov. 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

NUÑEZ, Ricardo C. “Bosquejo de la culpabilidad”. In.: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.); ABOSO, Gustavo Eduardo (Coord.). *Maestros del Derecho Penal*. v. 7. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2007.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral*. 7ª ed., rev. e atual. 2ª ti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PORTUGAL. Lei nº 59/2007, de 04 de setembro de 2007. Diário da República nº 170, série I, p. 6181-6258. Disponível em: <http://www.nao-estas-a-venda.sef.pt/docs/codigo_penal.pdf>. Acesso em 25.11.2012.

PRADO, Antonio Orlando de Almeida (org.). *Código de Hamurabi, Lei das XII Tábuas, Manual dos Inquisidores, Lei do Talião*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Editora Coimbra, 1995.

ROSA, Fábio Bittencourt da. “A pena e sua aplicação”. In.: *Revista dos Tribunais*. Ano 80, v. 668. Junho de 1991, p. 245-249.

ROUSSEAU, Jean Jaques. *Do Contrato Social: princípios de direito político*. Trad. Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4ª ed. rev. e atual. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005. p. 200-201.

_____. *Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: RT, 1995.

Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1.087.564/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 05.06.2012, DJe 18.06.2012.

Superior Tribunal de Justiça, HC 27.505/SP, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quinta Turma, julgado em 19.08.2003, DJ 01.12.2003, p. 378.

Superior Tribunal de Justiça, HC 30.688/PE, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quinta Turma, julgado em 01.04.2004, DJ 24.05.2004, p. 306.

Superior Tribunal de Justiça, HC 36.208/MS, Rel. Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23.08.2005, DJ 10.10.2005, p. 399.

Superior Tribunal de Justiça, HC 55.251/MS, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 07.04.2011, DJe 04.05.2011.

Superior Tribunal de Justiça, HC 70.964/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 17.05.2007, DJ 18.06.2007, p. 286.

Superior Tribunal de Justiça, HC 92.063/MG, Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Quinta Turma, julgado em 28.11.2007, DJ 17.12.2007, p. 285.

Superior Tribunal de Justiça, HC 140.683/DF, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 05.11.2009, DJe 01.02.2010.

Superior Tribunal de Justiça, HC 142.370/RJ, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13.09.2011, DJe 10.10.2011.

Superior Tribunal de Justiça, HC 150.706/PR, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 06.03.2012, DJe 14.03.2012.

Superior Tribunal de Justiça, HC 159.619/RS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 04.10.2011, DJe 17.10.2011.

Superior Tribunal de Justiça, HC 166.785/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 02.09.2010, REPDJe 09.05.2011, DJe 06.12.2010.

Superior Tribunal de Justiça, HC 207.098/MT, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 16.10.2012, DJe 23.10.2012.

Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.266.758/PE, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 06.12.2011, DJe 19.12.2011.

Superior Tribunal de Justiça, Terceira Seção, Súmula nº 231, julgada em 22.09.1999, DJ 15.10.1999, p. 76.

Supremo Tribunal Federal, HC 88.261, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 08.05.2007, DJe-047, divulgado em 28.06.2007, publicado em 29.06.2007, DJ 29.06.2007.

Supremo Tribunal Federal, HC 93.876, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 28.04.2009, DJe-208, divulgado em 05.11.2009, publicado em 06.11.2009.

Supremo Tribunal Federal, HC 94.365, Relator Ministro Menezes Direito, Primeira Turma, julgado em 17.06.2008, DJe-162.

Supremo Tribunal Federal, HC 101.118 Extn, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 22.06.2010, DJe-159, divulgado em 26.08.2010, publicado em 27.08.2010.

Supremo Tribunal Federal, HC 101.119, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 25.10.2011, acórdão eletrônico, DJe-084, divulgado em 30.04.2012, publicado em 02.05.2012.

Supremo Tribunal Federal, HC 104.016, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 14.09.2010, DJe-185, divulgado em 30.09.2010, publicado em 01.10.2010.

Supremo Tribunal Federal, HC 108.746, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 04.10.2011, processo eletrônico, DJe-115, divulgado em 13.06.2012, publicado em 14.06.2012.

STRATENWERTH, Günther. “Culpabilidad por el hecho y medida de la pena”. In: *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980.

TASSE, Adel El. *Teoria da Pena – pena privativa de liberdade e medidas complementares: um estudo crítico à luz do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2003.

WEBER, Max. *Conceitos Básicos de Sociologia*. Trad. Rubens Eduardo Ferreira Frias e Gerard Georges Delaunay. São Paulo: Editora Moraes, 1987.

ZIFFER, Patrícia S. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.